

LOVVALG VED ERSTATNING FOR FORURENSNINGSSKADE UTENFOR KONTRAKT



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 695
Leveringsfrist: 26.april 2011

Til sammen 17 163 ord

24.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>TEMAET FOR AVHANDLINGEN</u>	<u>1</u>
1.1	Introduksjon	1
1.2	Den videre fremstilling	2
1.3	Begrepsbruk	3
<u>2</u>	<u>RETTSKILDEBILDET</u>	<u>4</u>
<u>3</u>	<u>LOVVALGSREGLENE I FORURENSNINGSLOVEN FOR ERSTATNING GRUNNET FORURENSNING</u>	<u>6</u>
3.1	Introduksjon	6
3.2	Handlingssted og virkningssted i Norge	8
3.3	Handlingssted og virkningssted i to forskjellige land	8
3.3.1	Virkningsstedets rett	9
3.3.2	Handlingsstedets rett	9
3.3.3	Valgfrihet for skadelidte	9
3.4	Lovvalg etter forurensningsloven § 54 annet ledd	10
<u>4</u>	<u>ANDRE LOVVALGSREGLER</u>	<u>13</u>
4.1	Generelt	13
4.2	Petroleumsloven	13
4.3	Sjøloven	16
4.4	Lovvalg bestemt av kontrakt	17
<u>5</u>	<u>NÅR SKAL FREMMED RETT BENYTTES?</u>	<u>19</u>

5.1	Ensidige og allsidige kollisjonsregler	19
5.2	Løsningen etter øvrig norsk internasjonal privatrett	20
5.2.1	Anvendelsen av norsk internasjonal privatrett	20
5.2.2	Der handlingssted og virkningssted sammenfaller	20
5.2.3	Der handlingsstedet og virkningsstedet ikke sammenfaller - distansedelikter	21
5.2.4	Unntak fra anvendelse av fremmed rett – ordre public	22
5.2.5	Europeisk internasjonal privatrechts påvirkning på norsk rett	23
6	<u>ROMA II</u>	<u>27</u>
6.1	Generelt	27
6.2	Lovvalg ved erstatning grunnet forurensning	28
6.2.1	Valgfrihet for skadelidte	29
6.2.2	Virkningsstedets rett	29
6.2.3	Handlingsstedets rett	30
6.2.4	Hvorfor har skadelidte etter miljøskade flere alternativer for lovvalg enn skadelidte etter andre former for skade?	30
6.3	Partsautonomi etter art. 14	32
6.4	Kritikk av Roma II	34
7	<u>VURDERING AV EUROPEISK OG NORSK INTERNASJONAL PRIVATRETT</u>	<u>36</u>
8	<u>LOVVALGSREGLER FOR FORURENSNINGSSKADE FORVOLDT AV INTERNASJONALE SELSKAPER</u>	<u>39</u>
8.1	Innledning	39
8.2	Foreign direct liability og lovvalg	41
8.3	Royal Dutch Shell	43
8.4	Trafigurasaken	45
8.5	Foreign direct liability og lovvalg i Norge	46
8.5.1	Innledning	46
8.5.2	Rt. 2010 s. 306 (Hempel)	48

8.5.3	Bemerkninger om dommen	49
8.5.4	Norsk morselskap og utenlandsk datterselskap	50
8.5.5	Utenlandsk morselskap og norsk datterselskap	52
8.6	Argumenter mot å anvende retten i landet der morselskapet er etablert	52
<u>9</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>53</u>
<u>10</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>56</u>

1 Temaet for avhandlingen

1.1 Introduksjon

Lovvalg ved erstatning for forurensningsskade utenfor kontrakt kan by på spesielle utfordringer. I situasjoner der den skadevoldende virksomhet finner sted utenfor Norges grenser, men har skadevirkninger i Norge blir vi nødt til å stille spørsmålet hvorvidt handlingsstedet eller virkningsstedets rett skal legges til grunn. Tilsvarende spørsmål må besvares når den skadevoldende handling foregår i Norge, mens skadevirkningene oppstår i et annet land.

Det kan innledningsvis spørres hvilken betydning utfallet av lovvalgsspørsmålet har for behandlingen av erstatningskravet. I situasjoner der de forskjellige landene opererer med avvikende regulering av de foreliggende erstatningsspørsmål vil betydningen av lovvalget være synlig. En handling som er erstatningsbetingende i et av landene, trenger ikke nødvendigvis være det i det andre landet. I tillegg kan samme type erstatningsbetingende handling føre til forskjellig erstatningsutmåling i forskjellige land. Hvilken bakgrunnsrett dommeren anvender på forholdet kan derfor ha stor betydning for om skadelidte vil bli tilkjent erstatning og eventuelt omfanget av denne.

I situasjoner der skadevolder er internasjonale konserner, bestående av mor- og datterselskaper i forskjellige land, kan lovvalgsspørsmålet bli enda mer komplekst. Mor- og datterselskaper blir betraktet som selvstendige juridiske personer, samtidig som de til en viss grad kan sies å høre sammen. Er det da bakgrunnsretten i landet der morselskapet opererer eller der datterselskapet driver sin virksomhet som skal anvendes på saken? En slik avgjørelse kan her, som ellers, være av betydning for resultatet av saken fordi landenes erstatningsrettslige regler kan variere.

Spørsmålet om jurisdiksjon vil ikke bli berørt i denne avhandlingen. Jeg vil i det følgende ha som utgangspunkt at saken har verneting i Norge og det er da norske lovvalgsregler som skal anvendes.¹

Hvorvidt dommeren av eget tiltak skal undersøke om lovvalgsreglene utpeker norsk eller fremmed rett i den enkelte sak henger sammen med rettens forhold til partenes prosesshandlinger og rettens ansvar for rettsanvendelsen.² Dette vil heller ikke bli berørt i avhandlingen.

1.2 Den videre fremstilling

I kapittel 2 vil jeg kort gi en oversikt over rettskildebildet i Norge – både internasjonal privatrett generelt og lovvalg ved erstatning etter forurensningsskade spesielt. I kapittel 3 vil jeg foreta en gjennomgang av lovvalgsreglene vi finner i forurensningsloven.³ Denne loven er den mest generelle lovgivning som finnes på området for forurensning og vil i noen grad også supplere annen særlovgivning.⁴ Etter forurensningsloven er skadelidte gitt valgmuligheter med hensyn til lovvalg og disse vil gjennomgås systematisk. For fullstendighetens skyld vil jeg i kapittel 4 ha en kort gjennomgang av lovvalgsregler for situasjoner som faller innenfor området for særlovgivning. I del 4.4 vil jeg foreta en drøftelse av partenes adgang til å regulere lovvalg i kontrakt. Kapittel 3 og 4 vil vise at de lovvalgsregler vi finner i loven i stor grad begrenser seg til situasjoner der norsk rett skal anvendes. Hvilke situasjoner den norske dommeren skal bruke fremmed rett vil avhenge av øvrige lovvalgsregler i norsk internasjonal privatrett. Disse reglene vil gjennomgås i kapittel 5.

Europeisk internasjonal privatrett vil ha en viss påvirkning på norsk internasjonal privatrett. Dette blir behandlet i punkt 5.2.5. EU vedtok i 2009 en forordning som gjelder lovvalg for erstatning utenfor kontrakt, Forordning 864/2007. Forordningen er bedre kjent som Roma II og denne betegnelsen vil benyttes i det følgende.

Avhandlingens kapittel 6 vil redegjøre for denne forordningen. Roma II art.7 regulerer

¹ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 19, Cordero-Moss (2000) s. 134 og Heimdal (2008) s. 12

² Se tvisteloven kap. 11

³ Forurensningsloven av 13. mars 1981 nr. 6

⁴ Forurensningsloven § 53 første ledd

lovvalget ved erstatning for forurensningsskade og omhandles i del 6.2. Partenes mulighet til å avtale lovvalg er regulert av forordningens art.14 og vil bli belyst i del 6.3. Som en avslutning på gjennomgangen av Roma II tar jeg i del 6.4 for meg noe av kritikken som er reist mot forordningen. I kapittel 7 vil jeg foreta en vurdering av lovvalgsreglene vi finner i norsk og europeisk rett. Jeg vil se på hvordan disse to regelsettene kan spille inn for en norsk dommer når hun skal foreta et lovvalg. Denne drøftelsen vil til en viss grad bygge på avhandlingens punkt 5.2.5 (europeisk retts påvirkning på norsk internasjonal privatrett). Imidlertid fant jeg det hensiktsmessig å plassere vurderingen av norsk og europeisk rett etter gjennomgangen av disse.

I kapittel 8 vil jeg behandle en situasjon der lovvalgsspørsmålet kan by på visse utfordringer. En problemstilling som har kommet opp i flere erstatningssaker de seneste år er hvorvidt morselskaper kan holdes rettslig ansvarlig for datterselskapers forurensende virksomhet. Spørsmålet kan omtales som “foreign direct liability”, dvs. morselskapets ansvar for sine datterselskapers virksomhet i utlandet. For så vidt gjelder lovvalget blir det spørsmål om hvorvidt det er loven i landet der morselskapet driver sin virksomhet eller loven i landet der datterselskapet driver sin virksomhet som skal anvendes i en eventuell erstatningssak. I del 8.3 og 8.4 blir to saker fra Europa trukket frem for å belyse problemstillingen ytterligere. I del 8.5 vil jeg drøfte hvorvidt det etter norsk rett er adgang til å gjøre morselskaper rettslig ansvarlig for sine datterselskapers virksomheter. Resultatet av drøftelsen kan ha betydning for tolkningen av de norske lovvalgsreglene. Hvorvidt det er adgang til å anvende retten i morselskapets hjemland er omdiskutert og i del 8.6 vil jeg gjennomgå noe av kritikken som har blitt reist. I kapittel 9 vil jeg komme med noen avsluttende bemerkninger om emnet.

1.3 Begrepsbruk

Den norske internasjonale privatretten er hevdet å ha en inkonsekvent terminologi.⁵ Jeg finner det derfor nyttig med en kort avklaring. Med *distansedelikter* menes tilfeller der skaden blir voldt et sted, mens skadevirkningene manifesterer seg på et annet sted. Ved behandlingen av distansedelikter vil jeg med *handlingssted* mene stedet der den

⁵ Heimdal (2008) s. 12

skadevoldende handling fant sted. *Virkningssted/skadevirkningssted* vil være stedet der virkningene av den skadevoldende handling manifesterte seg. Dette stedet kan også bli omtalt som *skadested*. Imidlertid vil *skadested* også bli brukt i situasjoner der handling og virkning skjer på samme sted (ofte rett etter hverandre i tid) – det vil si også utenfor området for distansedelikter.

Kollisjonsregel kan brukes i samme mening som lovvalgsregler. Denne terminologien er særlig brukt i Sverige⁶ og den er til en viss grad brukt i Norge.⁷ En lovvalgsregel vil definere en *tilknytningsfaktor*. Det er tilknytningsfaktoren som utpeker hvilket lands rett som skal anvendes.⁸

2 Rettskildebildet

Det følger av sikker sedvanerett at en dommer i Norge som står overfor et rettsforhold tilknyttet flere lands rettsordninger, skal foreta lovvalg etter norske lovvalgsregler.⁹

For lovvalg ved erstatning utenfor kontrakt har det siden begynnelsen av 1900-tallet vært en tendens i Europa til å praktisere skadestedets rett.¹⁰ Dette er også situasjonen i Norge der hovedregelen i dag er *lex loci delicti* – altså retten i det land hvor skaden har skjedd. Dette er bekreftet i flere Høyesterettsdommer.¹¹

Når det gjelder lovvalg ved erstatning for forurensningsskade utenfor kontrakt har lovgiver til en viss grad valgt å vedta egne lovvalgsregler. Bestemmelsene finner vi hovedsakelig i forurensningsloven, men også petroleumsloven¹² og sjøloven¹³ oppstiller enkelte spesialbestemmelser for henholdsvis forurensning grunnet

⁶ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 26, Bogdan (2008) s. 25 flg.

⁷ Cordero-Moss (2000) s. 135

⁸ Cordero-Moss (2000) s. 143

⁹ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 19 og Heimdal (2008) s. 12

¹⁰ Thue (2001) s. 18 og Heimdal (2009) s. 8

¹¹ Se blant annet Augusta-dommen Rt. 1906 s. 165, Irma-Mignon-dommen Rt. 1923 II s. 58, Baltenland-dommen Rt. 1958 s. 38 og Bokhandleren i Kabul Rt. 2009 s. 1537

¹² Lov om petroleumsvirksomhet av 29. november 1996 nr. 72, heretter petroleumsloven

¹³ Lov om sjøfart av 24. juni 1994 nr. 39, heretter sjøloven

petroleumsvirksomhet og oljelekkasje i havet fra båter. Forut for disse lovreguleringene var det kun ulovfestede prinsipper i internasjonal privatrett som avgjorde lovvalgsspørsmålet.¹⁴

Det kan innledningsvis spørres hvorfor lovgiver har valgt å regulere lovvalget i forbindelse med erstatning etter forurensningsskader særskilt. Forarbeidene peker på at forurensning ikke kjenner noen landegrenser slik at skadevirkningene lett kan spre seg over store geografiske områder. Dessuten tiltar miljøskadelig virksomhet i omfang og skadevirkningene blir stadig mer omfattende og alvorlige.¹⁵ Som illustrasjon trekker forarbeidene frem reaktorulykken i Tsjernobyl i 1986, som førte til at enorme mengder av radioaktiv støv ble sluppet ut i atmosfæren og spredt over store områder. En situasjon som har særlig aktualitet i dag er faren for store utslipp av radioaktiv forurensning fra Fukushima-kraftverket i Japan som følge av skader etter jordskjelvet 11. mars 2011. Forurensningsskader av denne typen vil ofte være av internasjonal dimensjon og dermed aktualisere spørsmål om hvilke rettsregler som skal benyttes for å løse en eventuell tvist. I forarbeidene nevnes også at vernetingsregler i tvistemålsloven (nå tvisteloven¹⁶) i stor grad gir adgang til å reise erstatningssøksmål for forurensningsskader for norske domstoler. Dette vil føre til et større behov for lovvalgsregler i Norge.¹⁷

EU har vedtatt forordninger som til en viss grad kodifiserer europeisk internasjonal privatrett. Roma II inneholder lovvalgsregler for forpliktelser utenfor kontrakt. Forordning nr. 593/2008 av 17. juni 2008 (heretter Roma I) inneholder lovvalgsregler for forpliktelser i kontraktsforhold. Selv om disse forordningene ikke er inkorporert i norsk rett vil de inneha en viss rettskildemessig betydning. Denne betydningen vil jeg komme tilbake til i avhandlingens punkt 5.2.5. Når det gjelder tolkning av Roma II kan det kort nevnes at det er EU-domstolen som skal foreta en autorativ tolkning av denne.¹⁸ Domstolene i medlemslandene må altså foreta en tolkning i tråd med EU-domstolens tolkning av forordningens bestemmelser. Det samme vil gjelde for norske domstolars

¹⁴ Ot.prp. nr. 33 (1988-1989), s. 24-25 (endningsloven til forurensningsloven)

¹⁵ Ot.prp. nr. 33 (1988-1989), s. 24-25

¹⁶ Jfr. tvisteloven §§ 4-3 – 4-8

¹⁷ Ot.prp. nr. 33 (1988-1989), s. 24-25

¹⁸ Se bl.a. Bogdan (2008) s. 283

tolkning av forordningen. I avhandlingen vil jeg ved flere anledninger henvise til kommisjonens forslag til forordninger. Forslagene inneholder en Explanatory Report og en kommentardel til hver enkelt bestemmelse. Rapporten som kom i forbindelse med Roma II¹⁹ er den eneste fullstendige forklaringen på de formål og hensyn som ligger bak forordningen, og er derfor en viktig tolkningsfaktor ved anvendelsen av Roma II.²⁰

3 Lovvalsreglene i forurensningsloven for erstatning grunnet forurensning

3.1 Introduksjon

Krav om erstatning etter forurensningsskade er regulert i forurensningslovens kapittel 8. Dette kapitlet ble tilføyd forurensningsloven ved endringslov 16. juni 1989. Lovgiver ønsket lovregler som kunne løse de særlige erstatningsrettslige problemer som oppstår ved forurensningsskade, samt følge opp anbefalinger gitt av Verdenskommisjonen for miljø og utvikling. Departementet uttaler videre:

“(…)Ved siden av å ha en forebyggende og gjenopprettende virkning, antas slike lovregler dessuten å bidra til og lette skadelidtes stilling samt muliggjøre et enklere og raskere erstatningsoppgjør.”²¹

Paragraf 53 gir anvisning på kapitlets saklige virkeområde mens § 54 regulerer stedlig virkeområde og lovvalg.

§ 53 (saklig virkeområde)

Kapitlet her gjelder plikten til å betale erstatning for forurensningsskade, for så vidt ansvarsspørsmålet ikke er særskilt regulert i annen lovgivning eller i kontrakt.

¹⁹ COD 2003/0168

²⁰ Symeonides s. 6

²¹ Ot.prp nr. 33 (1988-1989) s. 5

Med forurensningsskade menes skade, ulempe eller tap forårsaket av forurensning (jf. § 6). Uansett hva som er bestemt i medhold av § 6, regnes som forurensning her også lys eller annen stråling som er eller kan være til skade, tap eller ulempe for miljøet.

Bestemmelsene i kapitlet gjelder tilsvarende for skade, ulempe eller tap forårsaket av avfall (jf. § 27).

Uavhengig av bestemmelse i eller i medhold av § 5 gjelder kapitlet her også forurensning og avfall fra faste transportanlegg og fra det enkelte transportmiddel, jf. § 5 fjerde ledd.

§ 54 (stedlig virkeområde og lovvalg)

Bestemmelsene i kapitlet gjelder forurensningsskade som:

- (a) inntreffer i Norge eller Norges økonomiske sone,
- (b) inntreffer utenfor områder som nevnt i bokstav (a), såfremt skaden er forårsaket av hending eller virksomhet på norsk sjø- eller landterritorium.

Skader som ikke omfattes av virkeområdet etter første ledd, faller likevel inn under kapitlet i den utstrekning norsk erstatningsrett skal anvendes etter ellers gjeldende lovvalgregler.

Når det gjelder tiltak for å avverge eller begrense forurensningsskade, er det tilstrekkelig at skade kan inntreffe på et område som kapitlet omfatter.

Skadelidte kan kreve at spørsmålet om erstatning for forurensningsskade skal avgjøres etter bestemmelsene i den stat hvor den forurensende handling eller virksomhet fant sted.

§ 3 tredje ledd gjelder tilsvarende.

Paragraf 53 henviser til § 6 som medfører at en skal legge det alminnelige forurensningsbegrep til grunn når en vurderer skade etter forurensning. Av forarbeidene fremgår at forurensningsbegrepet først og fremst bygger på at det finner sted en miljøpåvirkning, for eksempel i form av tilførsel av fast stoff, væske eller gass. For det annet er det en betingelse at denne påvirkning er eller potensielt kan være til *skade eller ulempe* for miljøet. Med “miljøet” menes i første rekke luft, vann og grunn.²²

Det fremgår av første ledd i § 53 at bestemmelsene i kapittel 8 gjelder så fremt ansvarsspørsmålet ikke er særskilt regulert i annen lovgivning eller kontrakt. Forurensning grunnet petroleumsvirksomhet og oljesøl i havet har egne bestemmelser i henholdsvis petroleumsløven og sjøloven, og vil således reguleres av disse bestemmelsene som *lex specialis*. Imidlertid følger det av ordlyden i § 53 første ledd at forurensningslovens bestemmelser vil supplere disse lovene i mangel av tilsvarende bestemmelser.

3.2 Handlingssted og virkningssted i Norge

For tilfeller der både handlingssted og virkningssted er i Norge ble det i forarbeidene til endringsloven funnet “innlysende” at reglene i forurensningsloven kapittel 8 skal komme til anvendelse.²³ Dette vil ikke bli nærmere berørt siden en slik situasjon ikke vil medføre særskilte lovvalgsspørsmål.

3.3 Handlingssted og virkningssted i to forskjellige land

For så vidt gjelder forurensning er ikke handlingssted og virkningssted nødvendigvis sammenfallende. Et eksempel på en slik situasjon kan være en fabrikk i Sverige som forurenser slik at det skader norsk drikkevann. I slike situasjoner vil det sentrale lovvalgsspørsmålet være hvorvidt erstatningskravet skal behandles etter loven på handlingsstedet eller virkningsstedet.

²² Ot.prp.nr. 33 (1988-1989) s. 20

²³ Ot.prp.nr. 33 (1988-1989) s. 25

3.3.1 Virkningsstedets rett

Etter forurensningsloven § 54 første ledd litra a vil erstatningsreglene i lovens kapittel 8 få anvendelse dersom forurensningsskaden inntreffer i Norge eller i Norges økonomiske sone²⁴ - uavhengig av hvor forurensningen stammer fra. Forarbeidene nevner noen praktiske eksempler der norske regler vil få anvendelse:

“(…)Eksempelvis vil norske regler få anvendelse på forurensning som skriver seg fra britisk eller sovjetisk territorium eller kontinentalsokkel og utslipp fra skip, uansett om skipet befinner seg i norsk sjøterritorium, økonomisk sone, på det frie hav eller innenfor andre lands territorialgrenser.”²⁵

En slik regel som gir anvisning på skadevirkningsstedets rett kan ses på som en konkretisering av *lex loci delicti* og vil sammenfalle med øvrig norsk internasjonal privatrett på området for distansedelikter.²⁶

3.3.2 Handlingsstedets rett

Paragraf 54 første ledd litra b oppstiller enda et tilfelle der de norske reglene skal få anvendelse. Dersom skaden inntreffer utenfor Norge eller Norges økonomiske sone, men den skadevoldende handling er skjedd på norsk sjø- eller landterritorium,²⁷ skal erstatningsreglene i forurensningsloven kapittel 8 få anvendelse. Etter denne bestemmelsen vil altså norsk rett kunne anvendes dersom den skadevoldende handling skjer i Norge – uavhengig av hvor skadevirkningene manifesterer seg.

3.3.3 Valgfrihet for skadelidte

Etter § 54 fjerde ledd kan den som lider skade som følge av grenseoverskridende forurensning kreve at erstatningskravet avgjøres etter bestemmelsene i den stat den

²⁴ Den økonomiske sonen strekker seg 200 nautiske mil ut fra grunnlinjen, jfr. Lov om Norges økonomiske sone av 17. desember 1976 nr. 91, § 1

²⁵ Ot.prp.nr. 33 (1988-1989) s. 105

²⁶ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 268 og Heimdal (2009) s. 19-23

²⁷ Norsk sjø- og landterritorium strekker seg 12 nautiske mil fra grunnlinjen, jfr. Lov om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone av 27. juni 2003 nr. 57, § 2

forurensende handling/virksomhet fant sted. I forarbeidene blir det presisert at valgadgangen skal tilkomme så vel norske skadelidte som anlegger sak mot utenlandske skadevoldere med verneting i Norge, og utenlandske skadelidte som anlegger sak i Norge mot norske forurenserne.²⁸ Bakgrunnen for denne valgfriheten er nærmere behandlet i forarbeidene.²⁹ Departementet peker for det første på at en norsk skadevolder ikke skal dra fordel av at skadevirkningene inntreer utenfor eget lands territorium og på et sted med et mildere ansvarsregime. Dersom den skadevoldende handling er foretatt i Norge må skadevolder belage seg på å bli dømt etter norsk erstatningsrett. Det fremgår videre at det heller ikke vil være urimelig for skadevolder å måtte forholde seg til skadestedets rett – dersom denne rett er mer gunstig for skadelidte.³⁰

Departementet peker også på at en slik valgmulighet vil virke preventivt. Ved igangsetting og drift av virksomhet med et grenseoverskridende forurensningspotensiale vil viten om en slik regel føre til økt forsiktighet og skadeforebygging for potensielle skadevoldere. Skadelidtes stilling vil bli styrket når vedkommende er gitt en slik adgang til å velge den rett som er mest gunstig for han/henne. Departementet uttaler videre at en slik valgmulighet i vesentlig grad sammenfaller med internasjonale konvensjoner om lovvalg, samt prinsipper som allerede er gjeldende i norsk internasjonal privatrett. Langt på vei blir derfor disse reglene kun sett på som en kvalifisering av gjeldende, ulovfestet rett.³¹

3.4 Lovvalg etter forurensningsloven § 54 annet ledd

Det følger av § 54 annet ledd at reglene for erstatning i kapittel 8 også kan komme til anvendelse i tilfeller der skadeårsaken ligger utenfor norsk territorium og gir skadevirkninger i andre land dersom dette fremgår av “ellers gjeldende lovvalsregler”. Det avgjørende vil være om det er norske internasjonale privatrettslige regler som tilsier at norsk rett skal legges til grunn. En tenkelig situasjon som blir nevnt i forarbeidene er et skip (med norsk verneting) i Norges økonomiske sone som dumper giftstoffer. Et

²⁸ Ot.prp.nr. 33 (1988-1989) s. 106

²⁹ Ot.prp nr. 33 (1988-1989) s. 25 flg.

³⁰ Ot.prp nr. 33 (1988-1989) s. 25 med videre henvisning til NOU 1982:19

³¹ Ot.prp nr. 33 (1988-1989) s. 26

slikt tilfelle vil falle utenfor § 54 første ledd litra b, ettersom denne bestemmelsen bare regulerer skadevoldende handling som er skjedd på norsk sjø- eller landterritorium. Dersom giften fører til skade i et annet land, vil tilfellet også falle utenfor første ledd litra a, som regulerer forurensningsskader som inntreffer i Norge eller i norsk økonomisk sone. Etter § 54 annet ledd vil det imidlertid være mulig å anvende forurensningslovens kapittel 8 på dette tilfellet dersom et slikt lovvalg følger av ellers gjeldende norske lovvalsregler. I drøftelsen av hvorvidt en anvendelse av kapittel 8 følger av slike “ellers gjeldende lovvalsregler” blir det i forarbeidene blant annet vist til Irma-Mignon dommen³² og den individualiserende metode som fikk sitt gjennombrudd her.³³ Kort fortalt går denne metoden ut på å vurdere alle sider i saken for deretter å finne ut hvor den konkrete sak hører mest hjemme.³⁴ Med tanke på de senere års utvikling kan det spørres hvorvidt denne metoden vil være like aktuell i dag. Det kan særlig pekes på Høyesteretts henvisning til bruk av europeisk rett i Rt. 2009 s. 1537 (Bokhandleren i Kabul):

“I den utstrekning vi ikke har avvikende lovregulering, taler imidlertid hensynet til rettsenhet for at vi ved avgjørelse av rettsvalgsspørsmål legger vekt på den løsning som EU-landene har valgt.”³⁵

Juridisk teori har også tatt avstand fra den individualiserende metoden og argumentert for anvendelsen av faste lovvalsregler.³⁶ Med utgangspunkt i nyere rettspraksis og teori er det mulig at forarbeidenes henvisning til Irma-Mignon dommen og den individualiserende metode må fravikes til fordel for faste rettsvalsregler. Der det ikke finnes norske lovvalsregler har Høyesterett med sine uttalelser i Rt. 2009 s. 1537 åpnet for at vi kan anvende europeiske internasjonale privatrettslige regler. En fylldigere behandling av den individualiserende metoden blir gitt del 5.2.5.

³² Rt. 1923 II s. 58

³³ Ot.prp nr. 33 (1988-1989) s. 106

³⁴ Cordero-Moss (2009) s. 81

³⁵ Rt. 2009 s. 1537, avsnitt 34

³⁶ Thue (1965) s. 606-610 og Heimdal (2009) s. 16

Videre fremgår det av forarbeidene at passusen “ellers gjeldende lovvalsregler” viser til lov av 9. april 1976 nr. 21 som inkorporerer den nordiske miljøkonvensjon³⁷ i norsk rett.³⁸ Av konvensjonens artikkel 3 annet ledd annet punktum følger:

Spørsmålet om erstatning må ikke bedømmes etter regler som er mer ufordelaktige for den skadelidende enn virksomhetslandets erstatningsregler.

Denne artikkelen får betydning der den skadevoldende handling eller virksomhet finner sted i norsk økonomisk sone, men skadevirkningene inntre i et annet nordisk land.³⁹ For skader som inntre på territoriet til et av de nordiske land, skal erstatningen ikke reguleres av regler som er mer ufordelaktige for skadelidte enn virksomhetslandets erstatningsregler. Således får forurensningsloven kapittel 8 et utvidet anvendelsesområde.

I forbindelse med endringsloven til forurensningsloven blir det i forarbeidene pekt på at en rekke praktisk viktige skadesituasjoner ikke vil finne sin løsning i forurensningslovens bestemmelser hva gjelder erstatningsspørsmålet.⁴⁰ Dette fordi noen av disse vil falle innenfor petroleumsloven eller sjølovens bestemmelser. Disse reglene gjennomgås i del 4.2 og 4.3. Foruten situasjoner der handlingen inntre i Norges økonomiske sone, mens skaden inntre i et annet land, vil anvendelsesområdet for forurensningsloven § 54 annet ledd derfor være begrenset. Regelen har ikke vært anvendt av Høyesterett og kan heller ikke synes å ha vært brukt i underrettspraksis. Det kan derfor spørres hvorvidt regelen var tilsiktet et praktisk formål eller om den først og fremst ble vedtatt som en sikkerhetsventil for situasjoner som faller utenfor § 54 første ledd.

³⁷ Miljøvernkonvensjonen er inngått mellom Norge, Danmark, Finland og Sverige, se Lov om gjennomføring i norsk rett av miljøvernkonvensjon mellom Norge, Danmark, Finland og Sverige, undertegnet 19. februar 1974.

³⁸ Ot.prp nr. 33 (1988-1989) s. 106

³⁹ Ot.prp nr. 33 (1988-1989) s. 106

⁴⁰ Ot.prp nr. 33 (1988-1989) s. 106

4 Andre lovvalgsregler

4.1 Generelt

For enkelte typer forurensning vil ansvarsspørsmålet reguleres av andre lover enn forurensningsloven.⁴¹ I slike situasjoner vil det være lovvalgsreglene i disse lovene som skal legges til grunn.

4.2 Petroleumsloven

Oljerelaterte ansvarsspørsmål vil reguleres av petroleumslovens regler. I lovens § 7-1 første ledd finner vi definisjonen på “forurensningsskade”:

§ 7-1 Definisjon

Med forurensningsskade menes skade eller tap som skyldes forurensning som følge av utstrømming eller utslipp av petroleum fra en innretning, herunder brønn, og utgifter til rimelige tiltak for å avverge eller begrense slik skade eller slikt tap samt skade eller tap som slike tiltak medfører. Som forurensningsskade regnes også skade eller tap som en fisker har lidt på grunn av reduserte fiskemuligheter.

Paragraf 7-2 regulerer virkeområde og lovvalg for erstatningskrav etter forurensningsskade og er en spesialregulering i forhold til lovens generelle virkeområde slik det fremgår av § 1-4.

§ 7-2 Virkeområde og lovvalg

Bestemmelsene i dette kapittel gjelder erstatningsansvar for forurensningsskade fra innretning når skaden inntreffer i riket eller innenfor kontinentalsokkelens yttergrenser eller rammer norsk fartøy, norsk fangstredskap eller norsk innretning i tilgrensende havområder. For så vidt angår tiltak for å avverge eller begrense forurensningsskade er det tilstrekkelig at skade kan inntreffe på slikt område.

⁴¹ Jfr. forurensningsloven § 53 første ledd

Bestemmelsene i dette kapittel gjelder også forurensningsskade fra innretning som benyttes i petroleumsvirksomhet etter loven her, når skaden inntreffer på land- eller sjøterritorium tilhørende stat som har tiltrådt Miljøvernkonvensjonen av 19. februar 1974.

Kongen kan uten hinder av bestemmelsene i denne lov ved overenskomst med fremmed stat fastsette regler om erstatningsansvar for forurensningsskade som skyldes petroleumsvirksomhet etter denne lov. Slike regler begrenser likevel ikke retten til erstatning etter denne lov for så vidt gjelder skadelidte under norsk jurisdiksjon.

Det er ikke inntatt noen geografisk avgrensning i bestemmelsen og det er i forarbeidene presisert at § 7-2 også omfatter innretninger plassert på land.⁴²

I henhold til petroleumsloven § 7-2 første ledd vil erstatningsreglene i petroleumsloven få anvendelse dersom skaden inntreffer i riket eller innenfor kontinentalsokkelens yttergrenser eller rammer norsk fartøy, norsk fangstredskap eller norsk innretning i tilgrensende havområder. Uttrykket “i riket” omfatter norsk landterritorium og indre farvann.⁴³ “Kontinentalsokkelen” er definert i lovens § 1-6 litra l.

Petroleumslovutvalget har uttalt at med “tilgrensende havområder” menes ikke bare de stater som har felles delelinje med norsk kontinentalsokkel, men også de nærmest liggende staters kontinentalsokkel og havområder.⁴⁴ Dersom skaden inntreffer i riket eller innenfor kontinentalsokkelens yttergrenser vil erstatningsreglene etter petroleumsloven få anvendelse uansett om skaden rammer norsk eller utenlandsk eiendom/personer. I likhet med forurensningsloven er petroleumsloven gitt et utvidet virkeområde dersom skaden rammer i et av landene som har tiltrådt den nordiske Miljøvernkonvensjonen av 19. februar 1974.⁴⁵ Skaden må ha inntrådt på land- eller sjøterritoriet til et av de nordiske land.⁴⁶ I tråd med konvensjonens art. 3 vil skadelidte ha anledning til å

⁴² Ot.prp nr. 43 (1995-96) s. 56

⁴³ Hammer (2009) s. 538

⁴⁴ NOU 1981:33 s. 36

⁴⁵ Se petroleumsloven § 7-2 (2)

⁴⁶ Se Miljøvernkonvensjonen art.3 andre ledd første punktum, med videre henvisning til art.3 første ledd.

anvende virksomhetslandets rett dersom den er mer fordelaktig enn virkningsstedets rett.

Det er altså virkningsstedet som vil være den relevante tilknytningsfaktoren etter petroleumsloven. Imidlertid etterlater petroleumsloven § 7-2 spørsmål om hvilken lov som skal anvendes på erstatningskravet der forurensningen har ført til skadevirkninger utenfor Norge og Norden. For eksempel kan den skadevoldende handling ha funnet sted i Norge, mens skadevirkningene har manifestert seg på et område som faller utenfor ordlyden i § 7-2. Gitt at saken har norsk vernetting blir spørsmålet hvilken bakgrunnsrett den norske dommeren skal anvende på erstatningskravet dersom forurensningen har ført til skadevirkninger utenfor Norden. Foregående lov om petroleumsvirksomhet⁴⁷ § 38 (3) omhandlet forurensningsskade som inntrådte utenfor virkeområdet for loven. Bestemmelsen lød som følger:

For forurensningsskade som inntreer utenfor områder som nevnt i første og annet ledd kommer erstatningsreglene i den stat hvor skaden er inntrådt til anvendelse.

Da loven ble endret i 1996 uttalte Nærings- og energidepartementet at det var unødvendig å videreføre regelen. Dette fordi § 7-2 tredje ledd gir Kongen kompetanse til å fastsette regler om erstatningsansvar for forurensningsskade som skyldes petroleumsvirksomhet etter denne lov.⁴⁸ Lovvalsregelen som fremgikk av foregående petroleumslov § 38 tredje ledd er utelatt i gjeldende petroleumslov. Derfor vil lovvalgsspørsmålet som verken finner sin løsning i § 7-2 eller i regler vedtatt med hjemmel i § 7-2 tredje ledd, løses av øvrig internasjonal privatrett. I norsk internasjonal privatrett skal som hovedregel skadevirkningsstedets rett legges til grunn ved distansedelikter.⁴⁹ En slik regel vil for øvrig sammenfalle med foregående petroleumslov § 38 tredje ledd. Noen realitetsendring har det derfor ikke vært. Dette kan støttes av uttalelser i forarbeidene som uttaler at endringen kun er av lovteknisk karakter.⁵⁰

⁴⁷ Lov av 22. mars 1985 nr. 11

⁴⁸ Ot.prp nr. 43 (1995-1996) s. 56

⁴⁹ Heimdal (2009) s. 23, mer om dette i avhandlingens punkt 5.2.3

⁵⁰ Ot.prp nr. 43 (1995-1996) s. 56

Til forskjell fra forurensningsloven § 54 første ledd litra b vil det etter petroleumslovens § 7-2 ikke være av betydning for lovvalget at den skadevoldende handling fant sted i Norge. Det kan spørres hvorvidt de forskjellige løsninger som forurensningsloven og petroleumsloven legger opp til er uheldige og om det bør etterstrebes en harmonisering av disse. I forarbeidene til forurensningsloven § 54 blir det vist til uttalelsene fra Olje- og energidepartementet og Finansdepartementet. Disse peker på den bestemmelse som er foreslått for petroleumsvirksomhet av Petroleumslovutvalget (tidligere petroleumsloven § 38) og mener en tilsvarende løsning bør legges til grunn i forurensningsloven.⁵¹ Etter dagjeldende petroleumslov § 38 (i dag petroleumsloven § 7-2) var det også virkningsstedet som var den relevante tilknytningsfaktoren for lovvalget. Uttalelsen fra høringsinstansene er imidlertid ikke fulgt opp av lovgiver og uoverensstemmelsen mellom lovvalsreglene i forurensningsloven og petroleumsloven blir ikke ytterligere belyst her.

4.3 Sjøloven

Sjøloven inneholder bestemmelser om erstatningsansvar for oljesøl fra båter i havet. Dersom skaden er oppstått enten i Norge eller i en stat som har sluttet seg til bunkerskonvensjonen⁵² eller 1992-ansvarskonvensjonen⁵³ vil sjølovens bestemmelser anvendes på erstatningsspørsmålet.⁵⁴ Disse konvensjonene harmoniserer de materielle regler på sitt område. Dersom erstatningskravet oppstår innenfor konvensjonenes virkeområde vil konvensjonens harmoniserte materielle bestemmelser komme til anvendelse. I et slikt tilfelle vil det derfor ikke oppstå et spørsmål om lovvalg.

Det interessante i forhold til lovvalg er spørsmålet om hvilket lands erstatningsrett de norske domstoler skal legge til grunn når situasjonen ikke faller inn under anvendelsesområdet for sjølovens materielle bestemmelser. I et slikt tilfelle må vi enten

⁵¹ Ot.prp nr. 33 (1988-1989) s. 26

⁵² Med bunkerskonvensjonen forstås den internasjonale konvensjon 2001 om erstatningsansvar for bunkersoljesølskade, se sjøloven § 183 (8)

⁵³ Med 1992-ansvarskonvensjonen forstås Den internasjonale konvensjonen 27. november 1992 om erstatningsansvar for oljesølskade

⁵⁴ Jfr. sjøloven §§ 190 og 206

gå til lovvalsreglene i forurensningsloven dersom situasjonen faller inn under virkeområdet for kapittel 8, jfr. forurensningslovens § 53 første ledd, eller se hen til øvrig norsk internasjonal privatrett. Sistnevnte blir behandlet i avhandlingens del 5.2.

4.4 Lovvalg bestemt av kontrakt

For lovvalget har det tradisjonelt vært et skille mellom saker om erstatning i og utenfor kontrakt. Hovedregelen for lovvalg i kontraktsforhold har vært partsautonomien, mens *lex loci delicti* har vært gjeldende for lovvalget i forbindelse med erstatning utenfor kontrakt.⁵⁵ Det kan være aktuelt å se på i hvilken grad partene i en erstatningssak etter forurensningsskade har anledning til å avtale hvilken lov som skal anvendes. Av ordlyden i forurensningsloven § 53 første ledd kan vi lese at forurensningsloven kapittel 8 vil komme til anvendelse “(...)for så vidt ansvarsspørsmålet ikke er særskilt regulert i annen lovgivning eller i kontrakt”. Om dette kan tolkes slik at også lovvalgsspørsmålet kan reguleres av kontrakt fremgår ikke klart verken av lovens ordlyd eller forarbeidene.⁵⁶ Lovvalgsspørsmålet er av prejudisiell karakter og vil ligge til grunn for den materielle behandlingen av erstatningskravet,⁵⁷ men kan det anses som en del av ansvarsspørsmålet? Departementet uttaler:

“Når det nærmere gjelder unntaket der « ansvarsspørsmålet » er regulert i annen lovgivning, omfatter dette først og fremst særreguleringer av erstatningsgrunnlaget og ansvarssubjektet i forbindelse med forurensningsskade, se slik blant annet petroleumsloven § 39. I den grad det ut over dette er gitt regler om gjennomføringen av selve erstatningsoppgjøret, kretsen av vernede skadelidte, søksmålskompetansen osv., har disse særregler forrang. Slike spørsmål gjelder imidlertid strengt tatt noe annet enn det rene ansvarsspørsmål, slik første ledd umiddelbart synes å sikte til”.

Denne uttalelsen angår først og fremst regulering i annen lovgivning. Imidlertid synes ordlyden i § 53 første ledd å sidestille “annen lovgivning” og “kontrakt” som unntak.

⁵⁵ Cordero-Moss (2002) s. 462

⁵⁶ Ot.prp nr. 33 (1988-1989) s. 104

⁵⁷ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 20, Bogdan (2008) s. 26

Dersom vi legger en slik tolkning til grunn kan det tenkes at også andre spørsmål enn ansvarsspørsmålet kan reguleres ved kontrakt, herunder lovvalgsspørsmålet. Det ville ikke være unaturlig at partene kan avtale hvilken lov som skal regulere dette når de etter § 53 første ledd uansett vil ha adgang til å avtale egne regler for behandling av ansvarsspørsmålet.

En tolkning som gir adgang for partene til å avtale lovvalg kan også finne støtte i europeisk rett. Partene har etter Roma II art. 14 adgang til å inngå avtale om lovvalg. Imidlertid kan en slik avtale ikke inngås av privatpersoner før etter at erstatningskravet har oppstått,⁵⁸ og avtalen må være inngått mellom skadelidte og skadevolder, se nærmere del 6.3.⁵⁹ Hvorvidt det også etter norsk rett er lignende betingelser for lovvalget vil bli behandlet i punkt 7 der jeg foretar en vurdering av norsk og europeisk rett.

I situasjoner der erstatningskravet har oppstått innenfor kontrakt er hensynet til forutsigbarhet trukket frem som et argument for å la partene selv bestemme over bakgrunnsretten.⁶⁰ Dersom lovvalget er usikkert vil partene ha vanskeligheter med å vurdere sine krav og hvorvidt de bør gå til sak. En avtale om lovvalg vil kunne forenkle en slik prosess, fordi de raskere vil kunne vurdere sin sak i forhold til gjeldende rett. Hensynet til forutberegnelighet kan også være relevant for erstatningskrav som oppstår utenfor kontrakt.⁶¹ Et eksempel kan være ved foreldelse av krav. Europeiske land opererer til dels med forskjellige foreldelsesfrister. I Norge oppstiller foreldelsesloven⁶² § 9 en foreldelsesfrist på tre år som gjelder alle typer erstatningsansvar utenfor kontrakt. Dersom en norsk part havner i tvist med en part fra et annet land som opererer med en annen foreldelsesfrist, må partene klarlegge hvorvidt kravet er foreldet før de kan gå over til en materiellrettslig vurdering av kravene. Dersom partene inngår avtale om lovvalg vil de med det samme kunne vurdere hvorvidt noen av kravene er foreldet, og

⁵⁸ Roma II art. 14 første ledd

⁵⁹ Avtalen kan således ikke gjøre inngrep i tredjemanns rettigheter, se kommisjonens forslag s. 23

⁶⁰ Cordero-Moss (2002) s. 466

⁶¹ Imidlertid kan det være betingelser for lovvalg utenfor kontrakt som vil være forskjellig fra de som gjelder innenfor kontrakt. Se mer om dette i avhandlingens del 6.3

⁶² Foreldelsesloven av 18. mai 1979 nr. 18

raskere gå over til en materiellrettslig vurdering. Dette taler for at en også ved erstatning utenfor kontrakt bør kunne regulere lovvalg ved avtale.

5 Når skal fremmed rett benyttes?

5.1 Ensidige og allsidige kollisjonsregler

I Norge har det vært en preferanse for ensidige kollisjonsregler. En ensidig kollisjonsregel angir kun når man skal anvende retten i domstollandet. Dette til forskjell fra de allsidige kollisjonsreglene som med en nøytral tilknytningsfaktor vil kunne anvendes uansett om den peker ut domstollandet eller fremmed rett.⁶³ En allsidig kollisjonsregel vil være å foretrekke med hensyn til at den i større grad skaper forutberegnelighet for partene.⁶⁴

Forurensningsloven § 54 fjerde ledd vil i en viss grad gi anvisning på når fremmed rett skal benyttes. Dersom Norge anses som handlingssted mens skaden inntreffer i et annet land, eller dersom en skade inntruffet i Norge som følge av en skadevoldende handling i et annet land, kan fremmed rett anvendes med hjemmel forurensningsloven § 54 fjerde ledd.⁶⁵ For situasjoner der erstatningskravet ikke har tilknytningsfaktorer til Norge kommer det ikke klart frem av forurensningsloven i hvilke tilfeller skadelidte kan velge å anvende fremmed rett. For slike situasjoner finner ikke lovvalgsspørsmålet sin løsning i forurensningsloven og vi må derfor finne løsningen andre steder.

Det kan spørres hvorvidt forurensningslovens regler om lovvalg kan anses veiledende for situasjoner der Norge verken er handlingssted eller virkningssted. Dersom vi velger å anvende forurensningslovens lovvalgsregler som allsidige kollisjonsregler vil dette medføre at skadelidte kan velge mellom å anvende handlingsstedets eller virkningsstedets rett på forholdet – uansett hvilke land dette er. For eksempel vil en nordmann som har vært på ferie i Nederland og blitt syk av drikkevann pga.

⁶³ Cordero-Moss (2000) s. 146

⁶⁴ Cordero-Moss (2000) s. 147

⁶⁵ Ot.prp nr. 33 (1988-1989) s. 106

forurensende utslipp fra Tyskland (og anlegger sak ved norsk domstol) kunne velge mellom å anvende tysk eller nederlandsk rett på forholdet. En slik analogisk bruk av forurensningsloven § 54 er ikke fremstilt som en mulighet etter forarbeidene.⁶⁶ Dette taler imot at lovvalgsreglene i forurensningsloven kan anvendes som allsidige kollisjonsregler.

5.2 Løsningen etter øvrig norsk internasjonal privatrett

5.2.1 Anvendelsen av norsk internasjonal privatrett

Et alternativ til å anvende forurensningslovens lovvalgsbestemmelser som allsidige kollisjonsregler er å se hen til øvrig norsk internasjonal privatrett. I Norge har vi ingen generell lovregulering av lovvalget i internasjonale erstatningssaker, så i stor grad vil innholdet av disse reglene komme til uttrykk som sedvanerettslige prinsipper, først og fremst utviklet gjennom rettspraksis og teori.⁶⁷ Disse reglene skal gjennomgå i det følgende.

5.2.2 Der handlingssted og virkningssted sammenfaller

For tilfeller der handlingssted og virkningssted sammenfaller er hovedregelen antatt å være *lex loci delicti*, det vil si at en skal anvende bakgrunnsretten i det landet handlingen/skaden inntraff.⁶⁸ Regelen er forsvart i juridisk teori⁶⁹ og bekreftet i rettspraksis.⁷⁰ Begrunnelsen for regelen er at skadelidte verken bør bli dårligere eller gunstigere stilt dersom det var en utlending som voldte skaden.⁷¹ Både skadelidte og skadevolder må innrette seg etter de regler som finnes på stedet de oppholder seg og denne regelen kan derfor sies å være i tråd med både skadelidtes og skadevolders forventninger.⁷² Andre tilknytningsfaktorer, eksempelvis hvor skadevolder eller skadelidte er bosatt eller er statsborger vil således ikke være av relevans ved avgjørelsen av lovvalgsspørsmålet.

⁶⁶ Ot.prp nr. 33 (1988-1989) s. 105-108

⁶⁷ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 86-98 og Heimdal (2009) s. 8-15

⁶⁸ Heimdal (2008) s. 46, Gaarder/Lundgaard (2000) s. 264-265 og Heimdal (2009) s. 8

⁶⁹ Heimdal (2009) s. 8-13 og Thue (2001) s. 16-17

⁷⁰ Se Rt. 1961 s. 730, Rt. 1969 s. 1308 og HR-2011-809-A

⁷¹ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 264

⁷² Heimdal (2008) s. 48

5.2.3 Der handlingsstedet og virkningsstedet ikke sammenfaller - distansedelikter

Dersom skaden materialiserer seg i et annet land enn der den er forvoldt vil lovvalgssituasjonen bli utfordrende. Hvilken lov skal da anvendes; handlingsstedets eller virkningsstedets rett? Denne problemstillingen har ikke vært behandlet av Høyesterett og heller ikke i underrettspraksis.⁷³

Det har i juridisk teori vært sondret ut fra om det for skadevolder var påregnelig at skaden kunne materialisere seg utenfor landegrensene.⁷⁴ Dersom det var påregnelig for skadevolder at skadevirkningen manifesterte seg utenfor handlingsstedets grenser skulle virkningsstedets rett uten videre kunne legges til grunn. I situasjoner der det ikke var påregnelig at skaden oppsto utenfor landegrensene har det vært mer usikkert om virkningsstedets rett kan benyttes. Dette skillet innebærer at en får en kombinasjon av handlings- og virkningsstedets rett som lovvalgsregel.⁷⁵ En slik påregnelighetsvurdering kan støttes av hensynet til forutberegnelighet og partenes forventninger siden verken en absolutt anvendelse av handlings- eller virkningsstedets rett vil kunne ivareta begge parter forventninger og gi et rimelig resultat i ethvert tilfelle.⁷⁶ Imidlertid kan den nærmere fastleggingen av hva som i det enkelte tilfellet er påregnelig volde atskillig tvil.⁷⁷ Dette vil gjøre det vanskelig for partene å forutse utfallet av en eventuell rettsak og hensynet til forutsigbarhet og konfliktforebygging vil derfor tale imot en slik påregnelighetsvurdering. Det er også reist innvendinger mot en slik påregnelighetsvurdering ut ifra retts tekniske og rettsøkonomiske hensyn. Med faste regler kan lovvalgsspørsmålet effektivt løses uten at domstolene må involveres.⁷⁸ I nyere juridisk teori er det uttalt: “Samlet sett taler etter min mening snarere de beste grunner for å legge til grunn virkningsstedet som utgangsregel.”⁷⁹ En slik løsning vil gi forutsigbarhet og i tillegg har samme løsning blitt lagt til grunn som hovedregel i Roma

⁷³ Heimdal (2009) s. 20 og Gaarder/Lundgaard (2000) s. 268

⁷⁴ Heimdal (2009) s. 21, Gaarder/Lundgaard (2000) s. 268 og Thue (2001) s. 24

⁷⁵ Heimdal (2009) s. 21

⁷⁶ Heimdal (2009) s. 21

⁷⁷ Heimdal (2009) s. 21

⁷⁸ Heimdal (2009) s. 21

⁷⁹ Heimdal (2009) s. 22

II-forordningen. Etter forordningens art. 4 første ledd vil virkningsstedets rett gjelde uavhengig av om det var påregnelig for skadevolder at skaden inntraff her. Denne lovvalgsregelen er ifølge kommisjonen basert på “(...)et objektivt, strikt ansvar.”⁸⁰ Når EU har lagt seg på en slik linje vil det være lite hensiktsmessig for Norge å legge en annen løsning til grunn. Ut ifra ønsket om rettsenhet og forutsigbarhet i Europa vil det være uheldig å fortsette med en slik påregnelighetsvurdering.⁸¹ Europeisk retts innvirkning på norsk rett skal belyses ytterligere i punkt 5.2.5.

5.2.4 Unntak fra anvendelse av fremmed rett – ordre public

Dersom de norske lovvalgsregler henviser til bruk av fremmed rett må norske domstoler som utgangspunkt legge de fremmede rettsregler til grunn for sakens avgjørelse. Det er imidlertid ikke gitt at det er den fremmede rett som skal anvendes. Det kan nemlig foreligge begrensninger som følge av den såkalte ordre public-regelen. I juridisk teori er det hevdet at: “denne regelen er en uunnværlig sikkerhetsventil i ethvert lands internasjonal privatrett”.⁸² Dersom den fremmede retten fører til et resultat som er på kollisjonskurs med våre grunnleggende moralske og etiske forestillinger om hva en rettsavgjørelse går ut på, kan dommeren benytte forbeholdslæren.⁸³

Innenfor erstatningsretten kan anvendelse av ordre public-regelen tenkes å bli aktuell hvis den utenlandske rett ville føre til skyhøye erstatningsbeløp. Dette kan for eksempel bli tilfellet dersom den fremmede retten ikke opererer med noen adekvansbegrensning. En kan også tenke seg en motsatt situasjon; den fremmede retten opererer med en regel som ikke gir rett til erstatning i enkelte tilfeller. Dersom en slik regel fører til et resultat som strider imot norsk etikk og moral kan regelen settes til side på grunnlag av ordre public-normen. Imidlertid vil ordre public-regelen fremstå som en unntaksregel og domstolene skal derfor være forsiktige med å anvende den.⁸⁴

⁸⁰ COD 2003/0168: COM (2003) 427, Kommisjonenes forslag s. 20

⁸¹ Se blant annet førstvoterende og talsmann for flertallet i Bokhandleren i Rt. 2009 s. 1537 (Bokhandleren i Kabul) avsnitt 34

⁸² Gaarder/Lundgaard (2000) s. 101

⁸³ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 101-104

⁸⁴ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 104

5.2.5 Europeisk internasjonal privatretts påvirkning på norsk rett

Som nevnt har det på EU-plan de siste årene kommet flere forordninger som regulerer lovvalg. Relevant for denne avhandlingen er først og fremst Roma II som regulerer lovvalg for forpliktelser som oppstår utenfor kontrakt. Hensynet til forutsigbarhet og ønsket om å unngå forum shopping gjør det ønskelig med slike harmoniserte lovvalgsregler på internasjonalt nivå.⁸⁵

I utgangspunktet vil Roma II ikke være anvendelig for Norge. Norge er ikke medlem av EU og forordningen er heller ikke dekket av EØS-samarbeidet. Dette betyr likevel ikke at Roma II er uten betydning for norsk internasjonal privatrett.⁸⁶ Justisdepartementet ga allerede i 1980 uttrykk for ønsket om en generell regulering av den internasjonale privatretten. I 2003 sendte Justisdepartementet Grønnboken utarbeidet av EU-kommisjonen i forbindelse med omdannelse av Roma-konvensjonene til forordningen Roma I ut på høring. I høringsbrevet uttalte departementet at:

“Ut fra behovet for enhetsløsning i saker som har tilknytning til mer enn én rettsorden er det grunn til å legge stor vekt på hvordan spørsmålene er løst i rettssystemer det er naturlig for oss å sammenligne oss med og som i mange tilfeller er den rettsorden saken alternativt blir å løse i henhold til. De løsninger som følger av Roma-konvensjonen vil derfor ha stor betydning for utformingen av norsk rett.”⁸⁷

Et slikt syn på europeisk internasjonal privatrett ble senere bekreftet av Høyesterett i Rt. 2006 s. 1008 der de henviste til Roma-konvensjonen (Roma I sin forgjenger) art. 4 i sin løsning av saken:

“Etter utvalgets syn er det viktigste momentet ved bedømmelsen av hvilket lands rett en agentavtale har sin nærmeste tilknytning til, hvor agenten har sitt hovedkontor. Det er agenten som skal prestere realytelsen - i

⁸⁵ Cordero-Moss (2009) s. 67

⁸⁶ Cordero-Moss (2009) s. 68-69

⁸⁷ Høringsdokument, 13.06.2003: Høring - Grønnbok om mulige endringer i Roma-konvensjonen 19. juni 1980 om lovvalg på kontraktsrettens område, punkt 1.

Romakonvensjonen art. 4 nr. 2 omtalt som « *den for aftalen karakteristiske ydelse* ». Det må normalt kunne legges til grunn at virksomheten vanligvis drives fra hovedkontoret.⁸⁸

Saken omhandlet lovvalg for en agentavtale, men henvisningen til europeisk rett tyder på at Høyesterett tillegger rettsakter fra EU vedrørende lovvalg atskillig vekt i sine avgjørelser.

I Norge har mye av den internasjonale privatrekken vært ulovfestet.⁸⁹ Dette har gjort at vi i stor grad har sett hen til andre rettssystemer ved løsning av interne rettsforhold, særlig svensk og dansk rett. Vi har også eksempler på at dette går andre veien; Irma-Mignon-dommen⁹⁰ og den individualiserende metode som lenge var et av de viktigste prinsippene i norsk internasjonal privatrekt, ble fort antatt å være like viktig i de andre nordiske landene og er senere omtalt som et nordisk internasjonalt privatrektlig prinsipp.⁹¹ Mellom de nordiske landene har det i lang tid vært et nært samarbeid på det juridiske området og dette har påvirket den internasjonale privatrekten.⁹² I dag deltar Sverige fullt ut i EU-samarbeidet og selv om Danmark har tatt visse forbehold har de alltid ønsket å ta del i den internasjonale privatrektlige utviklingen.⁹³ En slik deltagelse av våre naboland i EU-samarbeidet vil bidra til at EUs internasjonale privatrekt vil ha større betydning for Norge.⁹⁴ EU er dessuten en viktig partner for Norge på det formuerettslige området, særlig gjennom EØS-avtalen. Dette forsterker behovet for en internasjonal privatrekt som harmonerer med resten av Europa.⁹⁵

⁸⁸ Se dommens avsnitt 17

⁸⁹ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 86

⁹⁰ Rt. 1923 II s. 58

⁹¹ Bogdan (2008) s. 33

⁹² Gaarder/Lundgaard (2000) s. 87

⁹³ Årsaken er Danmarks forbehold mot EU-samarbeidet om visum, asyl og innvandring. Amsterdam-traktaten flyttet reguleringen av disse områder fra det mellomstatlige til det fellesskapsrettslige plan og til en nyopprettet del IV i EF-traktaten. Mot denne delen tok Danmark forbehold. Til samme del IV ble også samarbeidet på det sivilrettslige området flyttet; derved ble også det internasjonale privatrektlige samarbeidet omfattet av Danmarks forbehold.

⁹⁴ Cordero-Moss (2009) s. 71

⁹⁵ Cordero-Moss (2009) s. 71

Endelig kan nevnes at den lovgivning som allerede finnes på dette området i stor grad er basert på europeisk rett.⁹⁶ Dette gjelder først og fremst på det kontraktsrettslige området. Imidlertid bygger den tradisjonelle lovvalgsrett vi finner i Europa på en struktur som er felles for lovvalget – både innenfor og utenfor kontrakt. Dette taler for at europeisk internasjonal privatrett, herunder Roma II, anses som relevant for den norske internasjonale privatreten også for forpliktelser som ikke springer ut av kontrakt.⁹⁷

Høyesteretts uttalelser i Rt. 2009 s. 1537 (Bokhandleren i Kabul-dommen) tyder på at europeisk internasjonal privatrett, herunder EUs forordninger om lovvalg, er å anse som en relevant rettskilde for norsk internasjonal privatrett. Høyesterett var av den oppfatning at dersom det ikke finnes avvikende norske regler skal løsningen som EU-landene har valgt legges til grunn. Begrunnelsen for å gi EU-landenes løsning en slik rettskildemessig betydning er hensynet til rettsenhet.⁹⁸ Høyesterett la seg her på en annen linje enn det rettspraksis gjorde i etterkant av den såkalte Irma-Mignon dommen.⁹⁹ I Irma-Mignon dommen ble den individualiserende metode for første gang uttalt og den ble i ettertid akseptert av rettspraksis.¹⁰⁰ Denne lovvalgsregelen innebærer at lovvalget i enkelte tilfeller må bero på en konkret skjønnsmessig vurdering som går ut på å finne frem til det landet rettsforholdet har sin sterkeste eller nærmeste tilknytning til. Formelen har blitt kritisert i rettsteorien, under henvisning til at det er uheldig når et slikt prinsipp oppfattes som en regel av høyere orden enn mer konkrete faste regler.¹⁰¹ En fast lovvalgsregel er i større grad egnet til å gi uniformitet og forutberegnelighet for partene.¹⁰²

Høyesteretts uttalelser i Rt. 2009 s. 1537 kan virke som et svar på denne typen kritikk. Etter Høyesteretts resonnement vil den individualiserende metode være unntaket heller enn hovedregelen. Fastere lovvalgsregler vil ha forrang og hensynet til rettsenhet taler

⁹⁶ Forsikringslovvalgsloven, Agenturloven og Forbrukerkjøpsloven

⁹⁷ Cordero-Moss (2009) s. 71-73

⁹⁸ Se dommens avsnitt 34

⁹⁹ Rt. 1923 II s. 58

¹⁰⁰ Se blant annet "Joint account-dommen" Rt. 1995 s. 1415 og "Tampax-dommen" Rt. 1980 s. 243

¹⁰¹ Thue (1965) s. 606-608

¹⁰² Heimdal (2009) s. 16

for at vi vektlegger EUs internasjonale privatrett.¹⁰³ Det kan spørres hvorvidt Høyesteretts uttalelser i Rt. 2009 s. 1537 kan anses fraveket i en nylig avsagt dom, HR-2011-809-A. Saken gjaldt lovvalget ved avgjørelsen av erstatningsansvar for handlinger som er begått av utlending i utlandet og som straffeforfølges i Norge i medhold av norsk lov. Skadelidte ønsket å kreve erstatning av A for ikke-økonomisk skade etter norsk rett i forbindelse med at A straffedømmes for handlingene her. I denne dommen løste Høyesterett lovvalgsspørsmålet ved hjelp av den individualiserende metode.¹⁰⁴ Imidlertid tok Høyesterett utgangspunkt i at lovvalget skulle avgjøres etter hovedregelen *lex loci delicti*.¹⁰⁵ De gikk bort fra denne hovedregelen fordi de anså kravene om oppreisningserstatning i denne saken sterkt knyttet til straffesaken mot A og at det derfor var andre hensyn involvert ved avgjørelsen av lovvalgsspørsmålet.¹⁰⁶ Høyesterett viste til uttalelsene vedrørende europeisk rett i Rt. 2009 s. 1537, men var av den oppfatning at Roma II ikke ville ha samme vekt i foreliggende sak.¹⁰⁷ Høyesterett peker på at denne saken omhandler oppreisningsansvar i forbindelse med straffesak og ikke erstatningskrav utenfor kontrakt i sin alminnelighet.¹⁰⁸ Høyesteretts løsning av lovvalgsspørsmålet i denne saken må derfor ses med bakgrunn i sakens spesielle natur. For erstatningskrav utenfor kontrakt i alminnelighet vil Høyesteretts uttalelser i Rt. 2009 s. 1537 fortsatt inneha stor rettskildemessig vekt.

Fordi den europeiske internasjonale privatrett har slik relevans for norsk internasjonal privatrett, finner jeg det hensiktsmessig å foreta en gjennomgang av de europeiske lovvalgsreglene for forpliktelser grunnet forurensning utenfor kontrakt.

¹⁰³ Cordero-Moss (2010) s. 8

¹⁰⁴ Se dommens avsnitt 48 flg.

¹⁰⁵ Se dommens avsnitt 29

¹⁰⁶ Høyesterett uttaler i avsnitt 44: "Hensynene til rimelighet og forutberegnelighet, som ellers begrunner skadestedets rett som lovvalget for slike krav, har etter mitt syn ikke samme relevans eller gjennomslagskraft der skadevolderen forsettlig har utsatt andre for mishandling og alvorlig skade."

¹⁰⁷ Dette hang først og fremst sammen med at de erstatningsberettigede handlingene var utført før forordningen trådte i kraft, men også fordi erstatningskravet hadde sprunget ut av strafferettslig handling. De samme hensyn for harmoniserte lovvalgsregler ville ikke gjøre seg gjeldende i en slik situasjon. Se dommens avsnitt 46 og 47

¹⁰⁸ Se dommens avsnitt 44

6 Roma II

6.1 Generelt

Forordningen Roma II har vært gjeldende for alle medlemsland i EU, med unntak av Danmark som har tatt forbehold,¹⁰⁹ siden 11. januar 2009. Forordningen inngår som ledd i arbeidet med å harmonisere den internasjonale privatretten på det sivil- og forretningsmessige området.¹¹⁰ Før forordningen trådte i kraft var det store variasjoner mellom de forskjellige medlemsland når det gjaldt lovvalg i saker av internasjonal karakter.¹¹¹ Kommisjonen uttalte i sitt forslag at Brussel I¹¹² og reglene om jurisdiksjon ikke er tilstrekkelig for å sikre forutsigbarhet.¹¹³ Roma II om lovvalg for forpliktelser utenfor kontrakt ble derfor en naturlig forlengelse av Roma I som omhandler lovvalg i kontrakt. Kommisjonens siktemål med forordningen var å harmonisere medlemsstatenes lovvalsregler for forpliktelser utenfor kontrakt. I internasjonale forhold vil dette føre til økt forutsigbarhet, samt reduksjon av omkostninger.¹¹⁴ EU har lenge innsett vanskeligheten med å harmonisere de materielle regler for forpliktelser utenfor kontrakt. Desto viktigere er harmoniserte lovvalsregler for å skape en viss grad av forutsigbarhet på dette området.¹¹⁵

EU-domstolen har i forhold til Brussel I art. 5 (3) gitt skadelidte mulighet til å velge å anlegge saken for domstolen enten i det landet der skadevirkningene oppstod eller i det landet der handlingen som utløste skaden skjedde.¹¹⁶ Begge steder vil således oppfylle tilknytningskriteriet for valg av verneting. En slik valgmulighet vil imidlertid også innebære en risiko for forumshopping – altså taktiske valg av verneting. For å unngå dette er det viktig med harmoniserte lovvalsregler slik at saken vil bli løst etter samme bakgrunnsrett – uavhengig av hvilket verneting som er valgt. Hvilken rett som skal anvendes skal være forutsigbart og ikke avhengig av hvor saken er anlagt. Roma II er derfor et viktig instrument nettopp for å unngå forumshoppingen Brussel I til en viss

¹⁰⁹ Se fotnote 93 om Danmarks forbehold

¹¹⁰ COD 2003/0168: COM (2003) 427, dansk oversettelse s. 5

¹¹¹ Dickinson (2008) s. 8-9

¹¹² EC 44/2001 om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker

¹¹³ COD 2003/0168: COM (2003) 427, dansk oversettelse s. 3

¹¹⁴ COD 2003/0168: COM (2003) 427, dansk oversettelse s. 5

¹¹⁵ COD 2003/0168: COM (2003) 427, dansk oversettelse s. 5

¹¹⁶ Case C-21/76 [1976] ECR 1735 *Handelswekerij G.J. Bier BV vs. Mines de Potasse d'Alsace SA*

grad åpner for. Det kan være hensiktsmessig for prosessuelle formål å åpne for flere vernetting, mens det ikke kan anbefales å ha flere bakgrunnsretter.¹¹⁷

6.2 Lovvalg ved erstatning grunnet forurensning

Lovvalget ved erstatning grunnet forurensning reguleres i Roma II art. 7 og art. 4 (1).

Article 7

Environmental damage

The law applicable to a non-contractual obligation arising out of environmental damage or damage sustained by persons or property as a result of such damage shall be the law determined pursuant to Article 4(1), unless the person seeking compensation for damage chooses to base his or her claim on the law of the country in which the event giving rise to the damage occurred.

Article 4

General rule

1. Unless otherwise provided for in this Regulation, the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur.

Når det gjelder definisjonen av “miljøskade” viser kommisjonen i sitt forslag til den seneste utvikling i den materielle rett i Europa.¹¹⁸ I overensstemmelse med denne utviklingen vil både tingsskader, personskader og skader på det økologiske miljø være omfattet av bestemmelsen – så fremt skaden er forårsaket av menneskelig aktivitet. Kommisjonen peker på de mange miljøkatastrofer av internasjonal karakter og det særlige behovet dette medfører av harmonisering på europeisk/internasjonalt plan. Til tross for at det har skjedd en viss tilnærming mellom de enkelte lands materielle rett på

¹¹⁷ Cordero-Moss (2009) s. 77

¹¹⁸ COD 2003/0168: COM (2003) 427, dansk oversettelse s. 19

området er det fortsatt store forskjeller blant annet med hensyn til hvilke skader det kan kreves erstatning for, foreldelsesfrister og erstatningens størrelse. Kommisjonen er derfor av den oppfatning at lovvalgsspørsmålet ikke har mistet sin aktualitet.¹¹⁹

Roma II har et universelt virkeområde – det vil si at lovvalget også kan falle på ikke-medlemsland.¹²⁰ I kommisjonens forslag er det uttalt at forordningens universelle karakter er et:

“...rotfæstet princip i den positive lovvalgsrett, der også findes allerede i Rom-konventionen, de konventioner, der er indgået inden for rammerne af Haag-konferencen, samt i medlemsstaternes nationale lovvalgsregler”.¹²¹

6.2.1 Valgfrihet for skadelidte

Hovedregelen i Roma II finner vi i art. 4 første ledd. Etter denne bestemmelsen er det skadestedets rett som skal legges til grunn. Art. 7 henviser til art. 4 første ledd og gjør ved dette forordningens hovedregel også gjeldende ved miljøskader. Imidlertid vil skadelidte etter art. 7 *in fine* også ha anledning til å anvende handlingsstedets rett – hvilket som er utelukket etter hovedregelen i art. 4 første ledd. For erstatningskrav etter miljøskader oppstilles det således en valgmulighet for skadelidte – han kan velge å anvende enten handlingsstedets eller virkningsstedets rett. Den retten skadelidte velger vil i utgangspunktet gjelde for hele rettsforholdet.¹²²

6.2.2 Virkningsstedets rett

Forordningens fortale premiss 16 gjør klart at hovedformålet med hovedregelen i art. 4 første ledd er å forbedre forutsigbarhet, samt oppnå en rimelig balanse mellom skadevolders og skadelidtes interesser. I kommisjonens forslag blir skadevirkningsstedet antatt å være den tilknytningsfaktor som skaper størst balanse

¹¹⁹ COD 2003/0168: COM (2003) 427, dansk oversettelse s. 19

¹²⁰ Se Roma II art. 3: *Any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State.*

¹²¹ COD 2003/0168: COM (2003) 427, dansk oversettelse, s. 10

¹²² COD 2003/0168: COM (2003) 427, dansk oversettelse, s. 19-20

mellom skadevolders og skadelidtes interesse. I sitt forslag har kommisjonen også uttalt at prinsippet om at loven på det sted der skaden er oppstått skal anvendes, stemmer overens med nåtidens lovgivningspolitiske mål på området for miljøbeskyttelse.¹²³ En slik lovvalgsregel vil ha en preventiv effekt ettersom virksomheter i land med et lavt beskyttelsesnivå tvinges til å ta hensyn til et høyere beskyttelsesnivå i nabolandene. Slik vil potensielle skadevoldere ikke ha særlige insentiver til å etablere seg i land med et lavt beskyttelsesnivå og således vil den generelle beskyttelsen av miljøet forhøyes.¹²⁴

6.2.3 Handlingsstedets rett

Skadelidtes adgang til å velge retten i det landet der den skadevoldende handling fant sted kan være av stor betydning for skadelidtes adgang til erstatning. Av kommisjonen ble en lovvalgsregel som kun utpeker retten på stedet der skaden er oppstått ikke ansett som tilstrekkelig for å beskytte skadelidte.¹²⁵ I sitt forslag nevner kommisjonen at dersom lovvalget var begrenset til hovedregelen i artikkel 4 første ledd ville skadelidte i land med lavt beskyttelsesnivå ikke kunne nyte godt av et høyere nivå av beskyttelse i nabolandene. En slik løsning kunne gitt potensielle skadevoldere et insentiv til å etablere seg ved grensen til et naboland med mindre streng lovgivning og slik slippe “billigere unna” ved et eventuelt erstatningssøksmål. En slik løsning ville være i strid med europeisk miljøretts underliggende filosofi som går ut på at forurensere skal betale.¹²⁶ Et høyt beskyttelsesnivå i landet der den forurensende virksomheten er etablert skal således skadelidte få nyte godt av, uavhengig av hvor skaden oppstår.

6.2.4 Hvorfor har skadelidte etter miljøskade flere alternativer for lovvalg enn skadelidte etter andre former for skade?

Lovvalgsreglene vil som oftest utpeke én bakgrunnsrett. Skadelidtes valgmulighet etter art. 7 skiller seg fra lovvalgsreglene som gjelder for erstatningskrav på andre områder. Det har vært stilt spørsmål hvorfor ikke samme valgmulighet er gitt for andre typer skade, for eksempel arbeidsrelatert skade eller skade som en konsekvens av

¹²³ COD 2003/0168: COM (2003) 427, dansk oversettelse, s. 20

¹²⁴ COD 2003/0168: COM (2003) 427 dansk oversettelse s. 20

¹²⁵ COD 2003/0168: COM (2003) 427 dansk oversettelse s. 20

¹²⁶ COD 2003/0168: COM (2003) 427 dansk oversettelse s. 20

menneskerettsbrudd.¹²⁷ Begrunnelsen kan vi blant annet lese ut av forordningens fortale premiss 25. Her vises det til Traktaten om den Europeiske Union art. 174 som fastslår at skadelidte etter miljøskader skal gis en høy grad av beskyttelse. Førre-var-prinsippet, prinsippet om prioritet for korrigerende tiltak ved kilden og prinsippet om at forurensere skal betale berettiger en forskjellsbehandling i favør av skadelidte når det gjelder lovvalg.¹²⁸ I sitt forslag til Roma II uttalte kommisjonen at en slik valgmulighet for skadelidte vil bidra til å heve det generelle beskyttelsesnivået for miljøskader samt ha en preventiv effekt overfor selskaper som driver grenseoverskridende miljøforurensende virksomhet.¹²⁹ Det er hevdet at det først og fremst er hensynet til beskyttelse av miljøet som er bakgrunnen for skadelidtes valgmulighet, ikke i like stor grad hensynet til skadelidte.¹³⁰

Per i dag vil skadelidte være bedre vernet av Roma II dersom skaden defineres som “miljøskade” enn dersom skadelidte er offer for menneskerettsbrudd gjort av samme skadevolder. Kun ved miljøskader vil skadelidte ha mulighet til å velge å anvende handlingsstedets rett når dette vil være mer gunstig for han enn virkningsstedet. I kommisjonens forslag er dette blant annet begrunnet med at den ansvarlige for den forurensende virksomhet som regel vil ha en økonomisk vinning forbundet med sin virksomhet.¹³¹ Denne forklaringen er kritisert i teorien fordi også med andre former for skade vil skadevolder kunne ha økonomisk vinning.¹³² I situasjoner der samme grenseoverskridende virksomhet fører til forskjellige former for skade, noen av miljørettslig karakter, andre ikke, vil kun de skadelidte som er offer for miljøskade ha mulighet til å velge mellom handlings- og virkningslandets rett.¹³³ Det avgjørende for om skadelidte vil kunne anvende den spesielle bestemmelsen i art. 7 vil avhenge av hvorvidt skaden kan klassifiseres som en skade på miljøet. Det er hevdet at dette skaper

¹²⁷ Enneking (2008) s. 311

¹²⁸ Art. 174 (2): Dansk oversettelse: Fællesskabets politik på miljøområdet tager sigte på et højt beskyttelsesniveau under hensyntagen til de forskjelligartede forhold, der gør sig gældende i de forskjellige områder i Fællesskabet. Den bygger på forsigtighedsprincippet og princippet om forebyggende indsats, princippet om indgreb over for miljøskader fortrinsvis ved kilden og princippet om, at forurenere betaler.[1]

¹²⁹ COD 2003/0168: COM (2003) 427, dansk oversettelse, s. 20

¹³⁰ Symeonides (2008) s. 37

¹³¹ COD 2003/0168: COM (2003) 427, dansk oversettelse, s. 20

¹³² Enneking (2008) s. 311

¹³³ Enneking (2008) s. 311

rettslig usikkerhet for selskapet fordi deres “standards of care”, dvs. retningslinjer for virksomheten, vil variere avhengig av hva slags skade virksomheten potensielt kan resultere i.¹³⁴ Kun de skadelidte som rammes av “miljøskade” vil ha anledning til å profitte fra den høyere standard i virksomhetens hjemland. At det legges avgjørende vekt på resultatet av den skadevoldende handling er kritisert for å føre til ulikhet og rettslig usikkerhet både for skadelidte og skadevolder.¹³⁵

6.3 Partsautonomi etter art. 14

Partene i en erstatningssak vil ha adgang til å inngå avtale om lovvalget. Adgangen til dette er regulert i Roma II art. 14.

Article 14

Freedom of choice

1. The parties may agree to submit non-contractual obligations to the law of their choice:
 - a) by an agreement entered into after the event giving rise to the damage occurred;
 - or
 - b) where all the parties are pursuing a commercial activity, also by an agreement freely negotiated before the event giving rise to the damage occurred.

The choice shall be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the circumstances of the case and shall not prejudice the rights of third parties.

2. Where all the elements relevant to the situation at the time when the event giving rise to the damage occurs are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall

¹³⁴ Enneking (2008) s. 311

¹³⁵ Enneking (2008) s. 311

not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.

3. Where all the elements relevant to the situation at the time when the event giving rise to the damage occurs are located in one or more of the Member States, the parties' choice of the law applicable other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement.

I kommisjonens forslag til Roma II blir denne bestemmelsen blant annet begrunnet med en henvisning til medlemsstatenes senere utvikling som går i retning av større partsautonomi på dette området.¹³⁶ Partene vil alltid ha anledning til å inngå avtale om lovvalg i etterkant av at den skadevoldende handling inntraff.¹³⁷ På visse betingelser kan en slik avtale også inngås i forkant av den skadevoldende handling.¹³⁸ I det første forslaget fra kommisjonen var det ikke tillatt med forutgående lovvalg.¹³⁹ Imidlertid var dette et ønske fra Rådet og Parlamentet og som en følge av dette åpnet Kommisjonen i sitt endelige forslag opp for et slikt forutgående lovvalg.¹⁴⁰ Av hensyn til den svake kontraktspart er det i Roma II art. 14 et vilkår at alle parter tar del i kommersiell virksomhet, dvs. er næringsdrivende, dersom en slik avtale skal inngås i forkant. Avtaler med en eller flere privatpersoner vil ikke oppfylle vilkåret i art. 14(1) litra b og må hjemles i art. 14 (1) litra a. For skader etter forurensende virksomhet vil først og fremst bestemmelsen i litra a være aktuell.

Etter art. 14 første ledd er det alltid et vilkår at lovvalget skal "...be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the circumstances of the case and shall not prejudice the rights of third parties".¹⁴¹ Altså må partenes intensjon ha vært å inngå en avtale om lovvalg – hvis dette ikke var intensjonen kan domstolene ikke bruke avtalen

¹³⁶ COD 2003/0168: COM (2003) 427, dansk oversettelse s. 23. Kommisjonen henviser her til § 6 i den nederlandske lov av 11. april 2001 og § 42 i den tyske EGBGB

¹³⁷ Roma II art. 14 (1) litra a

¹³⁸ Roma II art. 14 (1) litra b

¹³⁹ COD 2003/0168: COM (2003) 427 s. 23

¹⁴⁰ COD 2003/0168: COM (2006) 83-final s. 3

¹⁴¹ Roma II art. 14 (1) *in fine*

som en lovvalgsavtale. I forslaget fra kommisjonen presiseres det også at partenes lovvalg ikke må gjøre inngrep i tredjemanns rettigheter.¹⁴²

Art. 14 annet ledd medfører en begrensning i partsautonomien. Bestemmelsen får anvendelse når alle omstendigheter, unntatt lovvalget, er lokalisert i et annet land enn det landet partene har valgt som bakgrunnsrett. Kommisjonen uttaler i sitt forslag:

“Der er faktisk tale om en rent indenlandsk situation, hvor forordningen kun kommer ind i billedet, fordi parterne har aftalt et lovvalg”.¹⁴³

I en slik situasjon skal man ikke se bort fra lovvalget partene har foretatt, men dette lovvalget kan ikke stå i veien for anvendelse av ufravikelige bestemmelser i den lov som i fravær av avtalen skulle regulert forholdet.¹⁴⁴ Det er her snakk om preseptoriske regler på det interne plan, ofte regler som tar sikte på å beskytte den svake part. Slike regler er ikke nødvendigvis ufravikelige i en internasjonal kontekst og må således skilles fra ordre public-regler i forumlandet og internasjonale preseptoriske regler.¹⁴⁵

Reglene i art. 14 er ment å balansere prinsippet om rettslig forutberegnelighet og beskyttelse av den svake part.¹⁴⁶ I tillegg vil slike avtaler være rettsøkonomisk gunstig siden de bidrar til at færre saker havner i rettssystemet.¹⁴⁷

6.4 Kritikk av Roma II

Roma II har vært gjenstand for mye kritikk både innad i EU, i medlemslandene og utenfor EU. I perioden frem mot forordningens vedtagelse var det strid mellom Kommisjonen og Rådet på den ene siden, som ønsket forutsigbare lovvalsregler, og Parlamentet på den andre siden, som ønsket fleksible regler. Resultatet ble faste lovvalsregler som sikrer forutsigbarhet og ensartede avgjørelser i EU, mens behovet

¹⁴² COD C2003/0168: COM (2003) 427, dansk oversettelse s. 23

¹⁴³ COD C2003/0168: COM (2003) 427, dansk oversettelse s. 23

¹⁴⁴ COD C2003/0168: COM (2003) 427, dansk oversettelse s. 23

¹⁴⁵ COD c2003/0168: COM (2003) 427, dansk oversettelse s. 23

¹⁴⁶ Dickinson(2008) s. 542

¹⁴⁷ Symeondies (2008) s. 43

for et rettferdig resultat blir ivaretatt ved enkelte unntaksbestemmelser¹⁴⁸ og spesialbestemmelser.¹⁴⁹ Roma II har blitt kritisert for å fokusere så mye på ensartede og forutsigbare løsninger slik at dette går på bekostning av fornuftige, rasjonelle og rettferdige resultater i de enkelte saker.¹⁵⁰ Det er pekt på at selv om hovedregelen i Roma II, *lex loci delicti*, også var hovedregelen i de fleste EU-land før Roma II, var det i de forskjellige landene et større spekter av unntak. Det er hevdet at Roma II i for liten grad åpner for unntak fra hovedregelen og derfor fremstår som lite fleksibel.¹⁵¹ Dette synet har møtt motstand blant annet i norsk juridisk teori der det er uttalt at det er forståelig at lovgiver har valgt å fremme faste lovvalgsregler som sikrer forutsigbarhet og ensartethet med tanke på den sentrale rollen justissamarbeidet og felles lovvalgsregler er tildelt i arbeidet for å skape et område med frihet, sikkerhet og rettferdighet innenfor EU.¹⁵² Det er videre pekt på at spørsmålet om hvorvidt *lex loci delicti* bør være hovedregelen egentlig handler om hvorvidt man bør velge en fast rettsvalgsregel eller en metodebasert løsning for rettsvalget. En metodebasert løsning innebærer at rettsvalget avgjøres ut i fra en generell vurdering som innehar stor grad av skjønn.¹⁵³ Det er hevdet at en slik løsning ikke er å foretrekke, da den vil kunne gå på bekostning av partenes muligheter til å forutberegne lovvalget.¹⁵⁴ Partenes adgang til å forutse og innrette seg etter lovvalget er anført som et argument for å anvende en fast lovvalgsregel som *lex loci delicti*.¹⁵⁵

Lovvalgsregelen for miljøskade i art. 7 har vært kritisert fordi den ikke åpner opp for unntak. Slik bestemmelsen i dag er utformet vil det ikke være av betydning hvorvidt det var påregnelig for skadevolder at skaden oppstod der den gjorde. Det er hevdet at dette kan føre til urimelige resultater for skadevolder. Med bakgrunn i dette er det tatt til orde for at et krav om objektiv forutsigbarhet er en bedre måte å oppnå rettferdige resultater

¹⁴⁸ Roma II art. 4(2), 4(3), 16, 17 og 14

¹⁴⁹ Roma II art. 5, 6(3) og 7

¹⁵⁰ Symeonides (2008) s. 8-9

¹⁵¹ Symeonides (2008) s. 16

¹⁵² Cordero-Moss (2009) s. 79-80

¹⁵³ Heimdal (2009) s. 6

¹⁵⁴ Heimdal (2009) s. 16

¹⁵⁵ Heimdal (2009) s. 16-17

enn slik bestemmelsen i dag er utformet der påregneligheten overhodet ikke er av betydning.¹⁵⁶

Selv om Roma II har måttet tåle mye kritikk er det hevdet at forordningen, tross sine mangler, er et bedre alternativ enn ingen forordning av dette slaget. Den gresk-amerikanske professoren Symeon C. Symeonides har uttalt:

“If nothing else, and despite its flaws, Rome II will unify and thus equalize, the private international law of the member states of the European Union.(...)From a transatlantic perspective, whatever its flaws, this unification or Europeanization cannot be worse than the complete lack of common direction, much less unity, that characterizes modern American conflicts law.”¹⁵⁷

Tross kritikken vil Roma II uansett være et skritt på veien for harmoniserte lovvalgsregler i Europa. Med tanke på den påvirkning europeisk rett har på norsk rett,¹⁵⁸ vil den også ha en verdi for den norske internasjonale privatretten.

7 Vurdering av europeisk og norsk internasjonal privatrett

Jeg har til nå gått gjennom norske og europeiske lovvalgsregler for erstatningskrav utenfor kontrakt. Hvilke forskjeller og likheter finner vi mellom lovvalgsreglene i Roma II og i norsk internasjonal privatrett? Og hvilken betydning vil det ha for lovvalgsspørsmålet at disse bestemmelsene sammenfaller med eller avviker fra hverandre?

Høyesteretts uttalelser i Rt. 2009 s. 1537 gir oss et utgangspunkt. Førstvoterende og talsmann for flertallet uttaler i avsnitt 34 at i den utstrekning det ikke finnes avvikende lovregulering vil hensynet til rettsenhet tale for at det legges vekt på den løsning som EU-landene har valgt ved avgjørelse av rettsvalgsspørsmål. Høyesterett legger opp til et

¹⁵⁶ Symeonides (2008) s. 38-39

¹⁵⁷ Symeonides (2008) s. 46

¹⁵⁸ Se avhandlingens punkt 5.2.5

skille mellom situasjoner der det finnes norsk lovregulering som avviker fra europeisk rett og situasjoner der det ikke finnes norsk lovregulering eller der denne lovreguleringen er i samsvar med europeisk rett. I de to sistnevnte tilfeller vil europeisk rett være av betydning for lovvalget. Dette støttes av juridisk teori der det er hevdet at en mangel på andre holdepunkter i norsk rett i seg selv ofte kan være et argument for å vektlegge Roma II-forordningen.¹⁵⁹

Forurensningsloven § 54 oppstiller samme lovvalgsalternativer for skadelidte som Roma II art. 7; både handlingssted og virkningssted kan være relevante tilknytningsfaktorer. Ved å legge til grunn at disse to regelsettene sammenfaller vil art. 7 være relevant rettskilde for en norsk dommer ved anvendelsen av forurensningsloven § 54.

I Roma II er partenes adgang til å inngå avtale om lovvalg regulert i art. 14. Ser man på forurensningsloven § 53 første ledd isolert er det ikke klart hvorvidt partene har adgang til å inngå lovvalgsavtaler i forbindelse med erstatningskrav utenfor kontrakt.¹⁶⁰ Som nevnt kan en slik manglende regulering i seg selv tale for at vi skal se på europeisk rett.¹⁶¹ I tråd med Høyesteretts uttalelser i Rt. 2009 s. 1537 kan derfor en norsk dommer se hen til de lovvalgsregler som er vedtatt i EU. Etter art. 14 er det ikke adgang for privatpersoner å inngå lovvalgsavtaler før erstatningskravet er oppstått. Denne betingelsen har som formål å verne den svake part.¹⁶² Dersom en norsk dommer anvender art.14 som et argument for å åpne opp for lovvalgsavtale, vil hensynet til rettsenhet¹⁶³ tale for at hun også legger de samme begrensninger og vilkår til grunn. Et vern av rettsforholdets svake part kan vi også finne eksempler på i norsk rett. Blant annet vil forbrukerkjøpsloven og dens ensidig preseptoriske bestemmelser virke til gunst for forbrukerkjøperne.¹⁶⁴ Forarbeidene til forbrukerkjøpsloven uttaler:

¹⁵⁹ Heimdal (2010) s. 71

¹⁶⁰ Se avhandlingens del 4.4

¹⁶¹ Heimdal (2010) s. 71

¹⁶² COD 2003/0168: COM 2006 (83) s. 3

¹⁶³ Se blant annet Høyesteretts uttalelser i Rt. 2009 s.1537, avsnitt 34, der hensynet til rettsenhet trekkes frem i forbindelse med lovvalgsspørsmålet

¹⁶⁴ Jfr. Lov om forbrukerkjøp 21. juni 2002 nr. 34, § 3

“Det kan etter denne bestemmelsen ikke avtales eller gjøres gjeldende vilkår som er ugunstigere for kjøperen enn det som følger av bestemmelsene i loven. Det er på den annen side selvsagt adgang til å avtale eller gjøre gjeldende vilkår som er gunstigere enn etter loven.

Bestemmelsen fastsetter dermed at loven er ensidig ufravikelig til gunst for forbrukerkjøperen.”¹⁶⁵

Selv om disse uttalelsene ikke omhandler lovvalgsavtaler som sådan, illustrerer de at det i norsk rett er av betydning å verne den svake parten i et rettsforhold. Dette vil tale for at art. 14 i sin helhet vil ha rettskildemessig vekt for en norsk dommer ved avgjørelsen av lovvalgsspørsmålet.

For situasjoner som faller utenfor anvendelsesområdet til forurensningsloven, petroleumsloven og sjøloven vil dommeren måtte se hen til øvrig norsk internasjonal privatrett for løsning av lovvalgsspørsmålet. Tidligere har den individualiserende metode vært en velkjent lovvalgsløsning.¹⁶⁶ Med Høyesteretts uttalelser i Rt. 2009 s. 1537 er det i juridisk teori antatt at den individualiserende metode er av subsidiær karakter og bare skal anvendes dersom rettsvalget ikke følger av fastere regler.¹⁶⁷ Høyesterett anser *lex loci delicti* som hovedregelen for lovvalg for erstatning utenfor kontrakt, men påpeker at for distansedelikter vil denne lovvalgsregelen ikke kunne avgjøre hvorvidt det er handlings- eller virkningssted som skal legges til grunn. Førstvoterende viser derfor til Roma II-forordningen og anser denne for å være av betydning for norsk internasjonal privatrett. I situasjoner der den norske dommeren ellers er henvist til å finne løsningen i øvrig norsk internasjonal privatrett vil således europeisk rett være en viktig rettskilde. Dette er hevdet både ut ifra et ønske om rettsenhet i Europa på dette området, samt hensynet til forutberegnelighet som Roma II sine faste regler kan bidra til.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Ot. prp nr. 44 (2001-2002) s. 158

¹⁶⁶ Denne metoden ble første gang uttalt i Rt. 1923 II s. 58 (Irma Mignon) og ble senere fulgt opp av rettspraksis

¹⁶⁷ Heimdal (2010) s. 70

¹⁶⁸ Heimdal (2010) s. 70-71

8 Lovvalsregler for forurensningsskade forvoldt av internasjonale selskaper

8.1 Innledning

Det vil ofte være selskaper som står bak forurensende virksomhet og som således vil være ansvarlige for eventuell forurensningsskade.

I slike situasjoner kan det først og fremst spørres hvorvidt rettsforholdet hører inn under selskapsretten eller erstatningsretten. Resultatet av dette vil være avgjørende for hvilke lovvalsregler vi anvender. For lovvalg i selskapsretten er det to teorier som har gjort seg gjeldende: hovedseteteorien og stiftelsesteorien.¹⁶⁹ Hovedseteteorien innebærer at man tar utgangspunkt i loven i det land hvorfra selskapet reelt sett styres.¹⁷⁰ Etter stiftelsesteorien skal en ta utgangspunkt i det land hvor selskapet er stiftet og etter hvis lovgivning stiftelsen har foregått.¹⁷¹ I erstatningsrettslige saker vil lovvalget som hovedregel falle på landet der skaden inntraff, evt. i landet den skadevoldende handling ble gjort.¹⁷² Landet der skaden inntraff eller handlingen fant sted kan være forskjellig fra landet der selskapet har sitt hovedsete eller ble stiftet. Således ser vi at lovvalget kan avhenge av hvilket rettsområde vi anser forholdet for å falle inn under. Dette er et spørsmål om kvalifikasjon, dvs. innordning av et saksfaktum under en viss rettsregel.¹⁷³ Den vanlige lære om kvalifikasjonsspørsmålet er at det skal løses på bakgrunn av *lex fori*.¹⁷⁴ For den norske dommeren vil det si at spørsmålet om kvalifikasjon skal løses etter norske regler. Jeg vil i det følgende ha som utgangspunkt at rettsforholdet hører under erstatningsretten og lovvalgsspørsmålet skal derfor løses etter lovvalsregler på erstatningsrettens område. Spørsmålet om kvalifikasjon og evt. konsekvenser for lovvalget dersom vi hadde ansett situasjonen som selskapsrettslig faller utenfor avgrensningen og vil ikke behandles ytterligere i det følgende.

¹⁶⁹ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 186-187

¹⁷⁰ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 187

¹⁷¹ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 186

¹⁷² Se avhandlingens kapittel 4 og 5

¹⁷³ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 121

¹⁷⁴ Gaarder/Lundgaard (2000) s. 123-125

Lovvalsreglene i forurensningsloven § 54 og Roma II art. 7 gir skadelidte anledning til å velge mellom retten i det landet skadevirkningene inntraff eller retten i det landet der den skadevoldende handling fant sted. Når internasjonale selskaper er involvert vil det ikke uten videre være gitt hvor den skadevoldende handling har funnet sted.¹⁷⁵

Beslutningen kan være tatt av morselskapet i hjemlandet¹⁷⁶ mens den faktiske virksomheten har funnet sted i vertslandet¹⁷⁷ der datterselskap holder til. Det kan spørres hvorvidt stedet der morselskapet fattet beslutningen kan bli ansett for å være stedet den skadevoldende handling ble gjort. Dersom morselskapets hjemland gir et bedre erstatningsrettslig vern for forurensningsskade vil en slik tolkning av “handlingssted” være ønskelig for skadelidte. I europeisk juridisk teori er det hevdet at en slik tolkning vil være passende dersom det er handlinger eller unnlatelser fra morselskapet som har ført til forurensningsskaden i utlandet:

“This interpretation might well be viable should acts or omissions by a parent company (such as the failure to have a subsidiary implement an adequate emergency scheme) have led to the environmental harm abroad.”¹⁷⁸

Et slikt syn kan også finne noe støtte i kommisjonens forslag til Roma II. Som nevnt ovenfor er prinsippet om at forurenseren skal betale trukket frem som en del av den underliggende filosofi i materiell europeisk miljørett.¹⁷⁹ Spørsmålet om vi kan anse morselskapets hjemland som handlingssted etter Roma II art. 7 vil derfor avhenge av hvorvidt morselskapets handlinger kan anses for å være årsaken til forurensningen. Selv om det er datterselskapet som står bak den forurensende virksomhet er det hevdet at morselskap har en slik innflytelse over datterselskaper at den skadevoldende handling kan anses å ha funnet sted der morselskapet opererer fra. Internasjonalt har morselskapets ansvar for datterselskapers handlinger blitt omtalt som et spørsmål om *foreign direct liability*.

¹⁷⁵ Enneking (2008) s. 310

¹⁷⁶ Med hjemlandet menes her landet der morselskapet driver sin virksomhet fra

¹⁷⁷ Med vertslandet menes her landet der datterselskapet driver sin virksomhet

¹⁷⁸ Jesse & Verschuuren (2011) s. 6

¹⁷⁹ COD 2003/0168: COM (2003) 427, dansk oversettelse s. 20

8.2 Foreign direct liability og lovvalg

Den økende globaliseringen kan ha negative konsekvenser for miljøet. Internasjonale selskaper flytter sin miljøskadelige virksomhet til andre land for dermed å unngå hjemlandet strenge nasjonale reguleringer. Dette kan fra et miljøperspektiv være problematisk.¹⁸⁰ Utviklingsland prøver ofte å tiltrekke seg investorer ved å operere med få reguleringer for selskaper som ønsker å etablere seg der. Dette fører til et system med doble standarder hvor internasjonale selskaper gjennom sine datterselskaper i utviklingsland kan profitte på at det i vertslandets eksisterer få begrensninger og reguleringer som gjelder deres virksomhet. Dette i motsetning til de ofte strenge reguleringer som finnes i hjemlandet. Morselskaper vil dermed etablere datterselskaper i utviklingsland fordi dette er forretningsmessig gunstig.¹⁸¹ Denne praksisen har ført til en debatt om såkalt *foreign direct liability* i Europa, Australia og Nord-Amerika.¹⁸² Med *foreign direct liability* menes morselskapers ansvar for datterselskapers virksomhet i utlandet.¹⁸³ En slik ansvarliggjøring av morselskaper kan gi skadelidte en større sjanse til å få erstattet sine tap.¹⁸⁴

Det er flere steder i verden gjort forsøk på å regulere datterselskapers miljøskadelige aktivitet. Blant annet ble det i Australia gjort et forsøk på dette med Australian Corporate Code of Conduct Bill 2000. Etter denne loven var det et krav at selskaper som hadde mer enn 100 personer ansatt i et annet land måtte tilfredsstille særlige miljørettslige krav.¹⁸⁵ Imidlertid ble denne loven aldri vedtatt i det australske parlamentet. I Storbritannia ble det i 2003 forsøkt innført en lov som sikret erstatning for lidt skade etter selskapers miljøskadelige virksomhet i utlandet.¹⁸⁶ Imidlertid ble det ikke gitt tilstrekkelig politisk støtte til denne loven. I Canada ble det i 2010 gjort et forsøk på å innføre en lov som skulle gi skadelidte etter gruveselskapers virksomhet i utlandet krav på erstatning. Denne loven ble ikke vedtatt av det canadiske House of

¹⁸⁰ Verschuuren (2010) s. 1

¹⁸¹ Jesse & Verschuuren (2011) s.1

¹⁸² Ward (2000) s.1

¹⁸³ Ward (2000) s. 1-2

¹⁸⁴ Jesse & Verschuuren (2011) s. 6

¹⁸⁵ Australian Corporate Code of Conduct Bill 2000, section 7

¹⁸⁶ Verschuuren (2010) s. 9

Commons.¹⁸⁷ Erstatningsansvar for selskapers aktiviteter i utlandet har også vært drøftet i EU. Det kan kort henvises til Kommisjonens Grønnbok “Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility” fra 2001 der det fremheves at selskaper må opptre på en ansvarlig måte som minimerer den negative effekt deres virksomhet har på samfunnet.¹⁸⁸ Etter kommisjonens syn må selskaper bidra til å skape et bedre samfunn og et renere miljø. Dette ansvaret vil både være rettet mot arbeidstakere og andre interessenter som kan påvirke selskapet.¹⁸⁹ Grønnboken er ikke bindende for EUs medlemsland og frem til nå har Corporate Social Responsibility blitt ansett som en frivillig aktivitet for selskaper. Grønnboken kan ses på som et utgangspunkt for konseptet Corporate Social Responsibility, men vil ha begrenset rettskildemessig vekt.¹⁹⁰

Et slikt ansvar for morselskaper er avhengig av at skadelidte kan velge en rett som oppstiller et slikt ansvar. Som vi har sett er spørsmålet om foreign direct liability omdiskutert både i EU og utenfor EU. Imidlertid er det først og fremst i utviklede land tanken om foreign direct liability har oppstått.¹⁹¹ Det er også først og fremst i utviklede land vi finner morselskapene til datterselskaper som er etablert i utviklingsland. Generelt vil standarden europeisk miljørett legger opp til være høyere enn mange andre steder i verden.¹⁹² Skadelidte vil derfor ofte ha et ønske om å legge europeisk rett til grunn dersom dette er et alternativ. I situasjoner der morselskapet opererer fra et europeisk land kan det ha stor verdi for skadelidte at art.7 tolkes på en slik måte at handlingssted kan anses for å være stedet der morselskapet opererer fra. Ved å anvende bakgrunnsretten i morselskapets hjemland vil skadelidte nyte godt av den høye standarden europeisk miljørett legger opp til, herunder muligheten for å oppstille *foreign direct liability*.¹⁹³

¹⁸⁷ Verschuuren (2010) s. 9

¹⁸⁸ COM (2001) 366 s. 4

¹⁸⁹ COM (2001) 366 s. 4

¹⁹⁰ Delbard (2008) s. 398

¹⁹¹ Ward (2000) s. 1

¹⁹² Jesse & Verschuuren (2011) s. 6

¹⁹³ Jesse & Verschuuren (2011) s. 6

Som vi ser kan skadelidtes adgang til erstatning variere avhengig av om lovvalgsreglene gir anvisning på hjemlandets eller vertslandets erstatningsrett. Jeg vil kort ta for meg to saker fra Europa som illustrerer dette.

8.3 Royal Dutch Shell

Royal Dutch Shell er et multinasjonalt konsern som driver oljevirksomhet i mer enn 90 land, blant annet utvinning av olje i Nigeria.¹⁹⁴ Denne virksomheten har ført til oljeutslipp i Nigerdeltaområdet og i sin rapport fra 2009 angir Shell at 100 000 fat olje har lekket ut.

Fire nigerianske bønder har sammen med sin hjelpeintervenient Milieudefensie (Friends of the Earth Netherlands) stevnet Royal Dutch Shell med krav om erstatning for skaden de har blitt påført som følge av oljelekkasje i tidsrommet 2004-2007.¹⁹⁵ Saksøkerne hevder at fordi Shell Nigeria er 100 % datterselskap av morselskapet Shell, vil hovedkontoret til Shell i Haag være ansvarlig for virksomheten til Shell Nigeria. Saken er unik i Nederland. Det har aldri før vært en sak som vedrører hvorvidt et Nederlandsk morselskap kan bli holdt ansvarlig i en nederlandsk domstol for handlinger som skjer i utlandet.

Siden forurensingen fant sted i tidsrommet 2004-2007 vil ikke Roma II være direkte anvendelig for løsningen av dette spørsmålet. Forordningen trådte i kraft først 11.januar 2009.¹⁹⁶ Saken må i utgangspunktet løses etter nederlandsk internasjonal privatrett, men det er antatt i juridisk teori at Roma II vil være relevant for lovvalgsspørsmålet.¹⁹⁷

Domstolen i Nederland har tidligere ansett seg som riktig verneting i saken¹⁹⁸ og saken skal opp til realitetsavgjørelse i løpet av 2011. Det første spørsmålet den nederlandske domstolen må ta stilling til er om nigeriansk eller nederlandsk rett skal benyttes.

¹⁹⁴ <http://www.shell.com/home/> (sitert siste gang 13.februar 2011)

¹⁹⁵ <http://www.milieudefensie.nl/wat-wij-doen/themas/internationaal/projecten/shell/olielekkages/the-people-of-nigeria-versus-shell?searchterm=shell+in+nigeria> (sitert siste gang 13.februar 2011)

¹⁹⁶ Roma II art. 32 og art. 1 *in fine*

¹⁹⁷ Jesse & Verschuuren (2011) s. 6

¹⁹⁸ District Court of The Hague 30. des 2009: LJN BK86 1624 (Oruma)

Saksøker ønsker at nederlandsk rett skal benyttes siden dette trolig vil føre til et mer gunstig resultat for dem enn nigeriansk erstatningsrett.¹⁹⁹ Dette har først og fremst sammenheng med at miljøet nyter et sterkere vern i Nederland enn i Nigeria.

I likhet med enkelte andre europeiske land har arbeidet med kodifisering av lovvalgsspørsmål vært utfordrende og langsom i Nederland. Siden starten av 1980-tallet har det vært gjort flere forsøk på å lage et samlet sett av konfliktregler, men dette har ved gjentatte anledninger mislyktes.²⁰⁰ Lovvalgsregler for erstatning, Wet Conflictenrech onrechtmatige daad, ble vedtatt 1. juni 2001. Denne loven gjorde ingen fundamentale endringer i forhold til det som allerede gjaldt, som i stor grad var basert på rettspraksis.²⁰¹ Lovens art. 3 (2) oppstiller lovvalgsregler for situasjoner der handling og skade ikke finner sted i samme land. For disse tilfeller skal skadevirkningsstedets rett benyttes, med mindre det ikke var mulig for skadevolder å forutse at skaden kom til å oppstå akkurat der. Nederlandsk internasjonal privatrett opererer ikke med samme valgfrihet som skadelidte ville hatt etter Roma II art. 7. Lovens art. 3(2) gir i utgangspunktet ikke skadelidte anledning til å velge handlingsstedets rett. Imidlertid blir det av saksøker i Royal Dutch Shell-saken hevdet at handlingsstedets rett kan benyttes – dette i tråd med regelen som er kodifisert i Roma II art. 7. Det er anført at handlingsstedet i denne saken er Nederland. Bakgrunnen er at det nederlandske morselskapets manglende kontroll av sitt nigerianske datterselskapet kan ses på som den skadevoldende handling.²⁰² Siden denne manglende kontrollen fant sted der morselskapet opererer fra, dvs. Nederland, blir det hevdet at nederlandsk rett kan anvendes i saken.²⁰³ Dette synet er til en viss grad akseptert i Nederland og er begrunnet med at morselskapets manglende kontroll i større grad blir sett på som en ulovlig handling som gir grunnlag for erstatning, enn et selskapsrettslig problem.²⁰⁴ Det er blitt hevdet at på det tidspunkt i saksforløpet en skal avklare lovvalget – som er forut for den materielle behandlingen av erstatningskravet - umulig kan benektes at den

¹⁹⁹ Jesse & Verschuuren (2011) s. 6

²⁰⁰ Kramer (2007) s. 54-55

²⁰¹ Det kan særlig henvises til COVA-saken: Supreme Court 19.nov 1993, NJ 1994, no.622

²⁰² Jesse & Verschuuren (2011) s. 6

²⁰³ Jesse & Verschuuren (2011) s. 6

²⁰⁴ Castermans og Van der Weide (2009) s.50

skadevoldende handling i det hele tatt ikke ble foretatt av det nederlandske selskapet.²⁰⁵ Hvis dette synspunkt aksepteres kan den nederlandske dommeren anvende nederlandsk rett ved behandlingen av erstatningskravet i Shell-saken.

8.4 Trafigurasaken²⁰⁶

Trafigurasaken gjaldt skade som følge av avfallsdumping fra skip. Skipet het MV Probo Koala og seilte under Panamansk flagg, men var chartret av Trafigura Ltd.- et shippingselskap hjemmehørende i London, Storbritannia. Skipet ønsket å kvitte seg med 580 tonn petrokjemisk avfall. Trafigura inngikk kontrakt med et selskap fra Elfenbenskysten, Compagnie Tommy, om å ta seg av avfallet. Dette selskapet krevde vesentlig mindre enn det et nederlandsk selskap skulle ha for samme jobben.²⁰⁷ Compagnie Tommy dumpet i sin tur avfallet flere åpne steder omkring byen Abidjan på Elfenbenskysten, noe som i sin tur angivelig skal ha ført til 10 dødsfall og 100 000 fysisk skadde. I kjølvannet av denne saken har det vært rettssaker både på Elfenbenskysten, i Nederland og i Storbritannia.²⁰⁸ På Elfenbenskysten ble eieren av Compagnie Tommy dømt til 20 års fengsel.²⁰⁹ I Nederland ble det 23. juli 2010 avsagt dom i 5 straffesaker mot henholdsvis Amsterdam kommune, ansatte i Trafigura, selskapet Trafigura, kapteinen på MV Probo Koala og direktøren for Amsterdam Port Service (APS).²¹⁰ Sistnevnte fordi de pumpet det ulovlige avfallet tilbake i MV Probo Koala.²¹¹ I Storbritannia saksøkte pårørende og skadelidte fra Elfenbenskysten Trafigura Ltd. for skadene de hadde lidt.²¹² Trafigura Ltd. hadde et nederlandsk morselskap, men ble saksøkt i London fordi det var her morselskapet opererte fra. De

²⁰⁵ Betlem (2000), s. 7

²⁰⁶ Rettssaker i etterkant av denne hendelsen foregikk både på Elfenbenskysten, i Nederland og i Storbritannia, se Jesse & Verschuuren (2011) s. 3. I Storbritannia ble det inngått forlik, se fotnote 210 og 211 for rettssakene i Nederland.

²⁰⁷ Compagnie Tommy fra Elfenbenskysten skulle ha 1200 € - til sammenligning skulle et nederlandsk selskap i stand til å gjøre en slik jobb ha 500 000 €.

²⁰⁸ Jesse & Verschuuren (2011) s. 3 og Enneking (2008) s. 285

²⁰⁹ Jesse & Verschuuren (2011) s. 3

²¹⁰ District Court of Amsterdam: BN2052 (saken mot de kommunale myndigheter), BN2068 (mot de ansatte hos Trafigura), BN2149 (mot selskapet Trafigura), BN2185 (direktøren for Amsterdam Port Service) og BN2193 (mot kapteinen på MV Probo Koala), se Jesse & Verschuuren (2011) s. 4

²¹¹ Saken mot de kommunale myndighetene ble avvist fordi statlige myndigheter – etter nederlandsk rett - ikke kan bli straffeforfulgt for sine handlinger. Direktøren for APS ble funnet skyldig, men senere frikjent fordi han i god tro stolte på at den statlige godkjenning til å pumpe avfallet tilbake var tilstrekkelig. De andre tiltalte ble funnet skyldig i å ha brutt nederlandsk rett.

²¹² Jesse & Verschuuren (2011) s. 3-4

saksøkte hevdet at Trafiguras manglende kontroll over datterselskapet kunne anses som uaktsomt og at dette var årsaken til skadene som oppstod. En av saksøkernes advokater uttalte:

“Although the events took place thousands of miles away, it is right that this British company is made to account for its actions by the British courts, and made to pay British levels of damages for what happened. A British company should act in Abidjan in exactly the same way as they would act in Abergavenny”.²¹³

Det ble inngått forlik der Trafigura gikk med på å betale 1000 € til hver av de 30 000 ofrene som var med i massesøksmålet mot selskapet. Dersom saken ikke hadde endt med forlik kan det spørres hvilken bakgrunnsrett dommeren i London skulle bli lagt til grunn. I en sak som denne (forutsatt at skaden faller innenfor definisjonen vi finner i Roma II art. 7) er det i juridisk teori antatt at de skadelidte vil ha mulighet til å basere sitt krav på engelsk rett i stedet for ivoriansk erstatningsrett.²¹⁴ Bakgrunnen for et slikt holdepunkt er at London kan anses som handlingsstedet. De skadelidte vil profitte på en slik tolkning av art. 7 fordi engelsk rett vil gi dem et bedre krav på erstatning enn det de ville hatt dersom ivoriansk erstatningsrett skulle bli lagt til grunn.²¹⁵

8.5 Foreign direct liability og lovvalg i Norge

8.5.1 Innledning

Hva vil resultatet bli dersom en lignende sak kommer opp for norske domstoler? To ulike situasjoner kan oppstå. Det kan enten være et erstatningsansvar for et utenlandsk morselskap som har datterselskap i Norge eller det kan være et norsk morselskap med datterselskap i et annet land. Dersom konsernet blir saksøkt – hvilken rett skal da benyttes? Retten i landet der datterselskapet driver virksomhet? Eller retten i landet der morselskapet opererer fra? Dette vil avhenge av de norske lovvalgsregler. For å kunne anvende retten i morselskapets hjemland må de norske lovvalgsreglene åpne opp for å

²¹³ Enneking (2008) s. 283-286

²¹⁴ Enneking (2008) s. 303

²¹⁵ Enneking (2008) s. 303

la handlingsstedet være en tilknytningsfaktor for lovvalget. Videre må handlingssted tolkes som stedet der morselskapet opererer. Det avhenger av at morselskapets handling kan anses å være en årsak til skaden. I en slik vurdering kan det være av interesse hvorvidt det etter norsk rett er mulig å ansvarliggjøre morselskapet for datterselskapets virksomhet. Slik ansvarsgjennomskjæring for morselskaper kan reise betenkeligheter ut ifra et selskapsrettslig perspektiv.²¹⁶

Et konsern kjennetegnes ved at to eller flere selskaper er knyttet sammen som mor- og datterselskap eller datterselskap av samme morselskap.²¹⁷ I utgangspunktet vil selskapene være to selvstendige juridiske personer. Imidlertid vil morselskap noen ganger ha faktisk styring og avgjørende innflytelse over datterselskapet. På denne måten vil morselskapet ha kontroll over de beslutninger som kreves for å oppfylle datterselskapets forpliktelser.²¹⁸ For allmennaksjeselskaper og aksjeselskaper er den nærmest unntaksfrie regel at deltakerne ikke kan holdes ansvarlig for selskapsforpliktelsene utover den opprinnelige innskuddsforpliktelsen.²¹⁹ Det upersonlige og begrensede ansvaret gjør at investorer kan stille risikovillig kapital til rådighet for selskapet uten å måtte svare med sin private formue dersom selskapet kommer i økonomiske vanskeligheter. Imidlertid kan et slikt brudd på identifikasjon mellom aksjeselskapet og aksjeeier i spesielle tilfeller føre til urimelige resultater som rettsordenen ikke kan akseptere. Andenæs nevner som et eksempel: Dersom A har forpliktet seg overfor B til å unnlate å foreta en viss virksomhet, kan ikke A komme unna forpliktelsen ved å foreta virksomheten gjennom sitt heleide datterselskap.²²⁰ Spørsmålet er om tilsvarende må gjelde forholdet mellom mor- og datterselskaper. Basert på innflytelse fra utlandet er det i norsk rett diskutert hvorvidt det kan oppstilles regler om ansvarsgjennombrudd for morselskaper. Et slikt ansvarsgjennombrudd vil gjøre det mulig for tapslidende kreditorer å skjære igjennom selskapsformen og dermed få rettet sine krav mot den dominerende aksjeeieren.²²¹ Jeg vil i det følgende gå

²¹⁶ Woxholth (2008) s. 117

²¹⁷ Woxholth (2008) s. 339

²¹⁸ Woxholth (2010) s. 339-340

²¹⁹ Se aksjeloven av 13. juni 1997 nr. 44 § 1-1 (2) nr. 2 og allmennaksjeloven av 13. juni 1997 nr. 45 § 1-1 (2) nr. 2

²²⁰ Andenæs (2006) s. 38

²²¹ Woxholth s. 116

gjennom en relativt fersk dom fra Høyesterett som kan gi et bidrag til løsningen av spørsmålet om ansvarsgjennombrudd.

8.5.2 Rt. 2010 s. 306 (Hempel)

Saken gjaldt spørsmålet om et dansk morselskap,²²² med hjemmel i forurensningsloven § 51, kunne pålegges å sørge for eller bekoste undersøkelser eller lignende tiltak hos sitt norske datterselskap. Et brudd på denne plikten ville kunne føre til erstatningsansvar i medhold av forurensningsloven § 55. Høyesterett kom til at selv om forurensningsloven § 51 er vagt utformet og morselskapet hadde posisjon som aksjonær i datterselskapet, ga bestemmelsen hjemmel for å pålegge selskapet å besørge og bekoste nødvendige miljøundersøkelser i de aktuelle eiendommer.

Høyesterett uttalte at § 51 gir en vid beskrivelse av pliktsubjektet og kan følgelig omfatte flere samtidig. Ordlyden “å ha noe” i § 51 viser til den rådigheten man har over objektet og ikke den formelle eierposisjon. Hva gjelder naturen av et konsernforhold viste Høyesterett til aksjeloven § 1-3 (2). Et morselskap vil inneha kontroll over datterselskapet, men rettslig sett vil det være to juridiske personer. Høyesterett pekte på at morselskap i noen tilfeller vil ha faktisk styring og avgjørende innflytelse over datterselskapet. Ut ifra en slik betraktning vil også morselskapet i noen tilfeller ha kontroll over de beslutninger som kreves for å oppfylle forpliktelser etter forurensningsloven § 51. For å støtte opp under en slik vid forståelse viser Høyesterett til formålsbestemmelsen i forurensningsloven §§ 1 og 2 nr. 5 som er uttrykk for det internasjonale anerkjente prinsippet om at forurenseren skal betale.

I forbindelse med endringsloven til forurensningsloven ble det i forarbeidene vist til at den angitte personkretsen i § 7 også vil være ansvarlige etter § 51. Dette innebærer at forarbeidene til § 7 vil være av betydning. I Ot.prp nr. 11 (1979-1980) ble det vedrørende § 7 uttalt:

²²² Høyesterett tok i denne dommen ikke stilling til om hvorvidt dansk rett skulle anvendes på forholdet. Det var i sin helhet norsk rett som ble anvendt i saken – noe som også var naturlig med tanke på at Norge her var skadevirkningsstedet.

“...Hovedsiktemålet er å finne fram til hvem som kan treffe nødvendige tiltak mot forurensning, og i denne vurderingen kan det bl.a. være grunn til å legge vekt på hvor nær tilknytning den enkelte har til forurensningen eller faren for forurensning, og hvilke muligheter vedkommende har til å treffe effektive tiltak. Det er også mulig at hvem som må anses som den ansvarlige, vil måtte variere med hvilket tiltak det er tale om å treffe.”

Ut ifra disse uttalelsene trekker Høyesterett den slutning at lovgiver helt bevisst har valgt en svært vid beskrivelse av kretsen av pliktsubjekter. Hvorvidt vedkommende kan bli ansvarlig vil bero på en konkret vurdering der blant annet tilknytning og muligheten til å treffe tiltak vil være av betydning. Høyesterett understreker at morselskap ikke er uttrykkelig nevnt som pliktsubjekt i loven, men at den vide ordlyden medfører at morselskap som et utgangspunkt vil falle innenfor.

Høyesterett fremhever aksjeeiers begrensede ansvar som et grunnleggende aksjerettslig prinsipp av stor samfunnsmessig betydning. Imidlertid understrekes det at § 7 ikke vil reise spørsmål om ansvar for aksjeeiere generelt – kun de som har styring og kontroll vil kunne bli ansvarlig. Det pekes videre på at en slik tolkning bidrar til å realisere det grunnleggende prinsippet i forurensningsloven om at forurenseren skal betale.

Datterselskapets virksomhet vil som oftest være av sentral interesse for morselskapet og forurensningsmyndighetene må ha mulighet til å pålegge den som har den økonomiske interessen i virksomheten forurensningskostnadene ved virksomheten. Høyesterett nevner avslutningsvis at vagheten i § 51 ikke vil stride imot legalitetsprinsippet.

Lovgivers valg av lovgivningsteknikk må ses ut ifra ønsket om å kunne fastsette pliktsubjektet etter en konkret vurdering og må derfor aksepteres.

Høyesterett konkluderer deretter med at miljøverndepartementet hadde hjemmel til å pålegge morselskapet tilsyn med datterselskapets virksomhet.

8.5.3 Bemerkninger om dommen

Som denne saken viser vil morselskapets tilknytning til den forurensende virksomhet, samt deres mulighet til å kontrollere denne virksomhet være av betydning. Forutsatt at

morselskapet innehar tilstrekkelig tilknytning og mulighet, kan det hevdes at deres manglende kontroll av datterselskapet kan ses på den erstatningsbetingende handling.

I juridisk teori er det i etterkant av denne dommen diskutert hvorvidt den kun vedrører en tolkning av bestemmelsen i forurensningsloven § 51 eller om den er et eksempel på en gjennomskjæring av ansvar i selskapet.²²³ Internasjonalt er et slikt ansvarsgjennombrudd omtalt som “piercing of the corporate veil”.²²⁴ Woxholth har uttalt at det som særpreger slike regler om ansvarsgjennombrudd er at de gjør det mulig for tapslidende kreditorer å skjære gjennom selskapsformen. Dermed vil skadelidte få rettet og dekket sine krav mot den dominerende aksjeeieren, i tilfelle der selskapet er “tomt”.²²⁵ Det er hevdet at Høyesterett i denne situasjonen bruker forurensningsloven som et springbrett til å foreta en slik gjennomskjæring av ansvar for morselskapet.²²⁶ Høyesterett har med denne avgjørelsen valgt å legge avgjørende vekt på miljøinteresser – i motsetning til de økonomiske interessene til selskapet. Med dette gir Høyesterett et signal til selskaper om å dekke kostnadene forbundet med den miljøskadelige virksomheten. Dersom dommen blir fulgt opp av Høyesterett senere – og heller ikke EF-domstolen kommer med motstridende uttalelser – vil den bidra til et større fokus på miljøet og erstatning for miljøskader i forretningsverden.²²⁷

Dersom konsernet består av et norsk morselskap med utenlandske datterselskap kan det etter nevnte rettspraksis oppstilles ansvar for det norske morselskapet for datterselskapets forurensende virksomhet i utlandet.

8.5.4 Norsk morselskap og utenlandsk datterselskap

Hvilken lov skal en norsk dommer anvende på et erstatningskrav mot et konsern med norsk morselskap og utenlandsk datterselskap?²²⁸ Vi kan tenke oss lignende saksfaktum som i Shell-saken: morselskapet i Norge eier 100 % av aksjene i datterselskapet.

²²³ Sjøfjell (2010) s. 1

²²⁴ Woxholth s. 116

²²⁵ Woxholth (2010) s. 116

²²⁶ Sjøfjell (2010) s. 7

²²⁷ Sjøfjell (2010) s. 13

²²⁸ Forutsetningen er også her at saken har vernetting i Norge og det er derfor de norske lovvalgsregler som skal brukes for å finne frem til bakgrunnsretten

Likevel er det i vertslandet virksomheten har funnet sted og skaden har inntruffet. Vil det være mulig for den norske dommeren å anvende norsk rett med hjemmel i lovvalgsbestemmelsene i forurensningsloven? I Norge vil miljøhensyn være et både relevant og pliktig hensyn ved avgjørelsen av saker som kan ha betydning for miljøet.²²⁹ I situasjoner der norsk rett fremstår som den mest miljøvennlige kan skadelidte ha et ønske om å anvende norsk rett på forholdet.

Etter ordlyden i forurensningsloven § 54 første ledd litra b kan skadelidte velge å anvende forurensningslovens regler dersom “skaden er forårsaket av hending eller virksomhet på norsk sjø- eller landterritorium”. Dersom “hending” kan anses som den manglende kontrollen vil Norge være stedet den skadevoldende handling fant sted og skadelidte kan velge å legge norsk rett til grunn. En vurdering av morselskapets ansvar vil alltid skje i etterkant av lovvalget – og i henhold til den erstatningsretten dommeren har valgt å anvende på forholdet. Når vi begynner å vurdere morselskapets tilknytning til datterselskapet vil vi altså ha valgt bakgrunnsrett allerede. Imidlertid vil Høyesteretts uttalelser i Rt. 2010 s. 306 også kunne bidra til en klargjøring av lovvalgsspørsmål. Ved å åpne opp for at morselskaper kan bli ansvarlig for datterselskapers virksomhet vil morselskapets hjemland i større grad kunne betraktes som handlingssted i forurensningsloven § 54 første ledd litra b. Dette er hevdet i europeisk rett i forbindelse med tolkningen av Roma II art. 7.²³⁰ En slik tolkning vil i særlig grad stå seg dersom morselskapene har hatt en slik påvirkning på datterselskapers virksomhet at det er morselskapenes handlinger eller unnlatelser som er årsaken til miljøskadene. En slik tolkning av art.7 kan hjelpe skadelidte fra land med svak lovgivning på området for miljøbeskyttelse dersom de ønsker å gå til sak mot morselskapet for datterselskapets virksomhet. Som nevnt i kapittel 7 vil forurensningslovens lovvalgsbestemmelser i stor grad sammenfalle med lovvalgsbestemmelsen i art. 7. Denne bestemmelsen vil derfor være relevant ved tolkningen av norsk rett.²³¹ En slik tolkning av “handlingssted” som er gjort i Europa kan derfor bli lagt til grunn også i Norge.

²²⁹ Bugge (2006) s. 85

²³⁰ Jesse & Verschuuren (2011) s. 6 og Enneking s. 303

²³¹ Jfr. Høyesteretts uttalelser i Rt. 2009 s. 1537 avsnitt 34

8.5.5 Utenlandsk morselskap og norsk datterselskap

Det kan oppstå en situasjon der forurensningsskaden oppstår i Norge og er forvoldt av et norsk datterselskap som har et utenlandsk morselskap, for eksempel i USA. Kan skadelidte i en slik situasjon velge å anvende loven i det landet der morselskapet holder til – det vil si amerikansk rett? Etter forurensningsloven § 54 fjerde ledd kan skadelidte velge å anvende loven i det landet der den forurensende handling fant sted. Dersom stedet der morselskapet driver sin virksomhet kan anses som “handlingsstedet” vil amerikansk rett kunne anvendes på forholdet. Jeg viser her til min drøftelse i 8.5.4. Deretter vil det avhenge av amerikansk rett hvorvidt morselskapets manglende kontroll anses som en skadevoldende handling og hvorvidt skadelidte har krav på erstatning.

Noe som hevdes å spille inn i situasjoner der dommeren må velge mellom bruk av fremmed rett og norsk rett er den såkalte “homeward trend”²³² eller “hjemme er best-standpunktet”.²³³ Med dette menes at i situasjoner der det ikke er overveiende argumenter for å anvende utenlandsk rett vil den norske dommeren ofte foretrekke å anvende *lex fori*, dvs. norsk rett. Dette kan således føre til at den norske dommeren i større grad vil anvende retten i morselskapets hjemland i situasjoner der morselskapet er norsk enn i tilfeller der morselskapet er utenlandsk.

8.6 Argumenter mot å anvende retten i landet der morselskapet er etablert

Som nevnt er det i juridisk teori hevdet at det etter Roma II art. 7 vil være mulig å anvende retten i det landet der morselskapet hører hjemme.²³⁴ Imidlertid er denne løsningen kritisert fordi en så vid tolkning av ordlyden vil stride imot bestemmelsens formål. Det primære formålet bak art. 7 er hevdet å være en regulering av tilfeller der den skadevoldende handling har virkning på tvers av landegrensene - ikke for tilfeller der mor- og datterselskap er etablert i forskjellige land.²³⁵

²³² Gaarder/Lundgaard (2000) s. 35-36

²³³ Thue (1965) s. 608-609

²³⁴ Jesse & Verschuuren (2011) s. 6, Enneking (2008) s. 303

²³⁵ Castermans & Van der Weide (2009) s. 53

Det er hevdet at en anvendelse av loven i morselskapets hjemland kun vil være mulig etter Roma II art. 4 (3).

Article 4

General rule

3. Where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply. A manifestly closer connection with another country might be based in particular on a pre-existing relationship between the parties, such as a contract, that is closely connected with the tort/delict in question.

I medhold av denne bestemmelsen kan man etter en helhetsvurdering komme frem til at rettsforholdet har en større tilknytning til et annet land enn skadevirkningsstedet som er hovedregelen etter art. 4 (1). Siden en slik helhetsvurdering ikke er tatt inn som et alternativ i art. 7 er det hevdet at det ikke vil være mulig å anvende loven i morselskapets hjemland.²³⁶

Det er også gitt uttrykk for at art. 7 som en forutsigbar lovvalgsregel vil bli svekket dersom en skal åpne for en videre tolkning av bestemmelsen.²³⁷ Dersom vi skal legge en slik restriktiv tolkning av art. 7 til grunn vil dette føre til at landet der morselskapet er etablert vil falle utenfor ordlyden: "...the law of the country in which the event giving rise to the damage occurred." Med andre ord vil det ikke være mulig å anvende retten i morselskapets hjemland.

9 Avslutning

Som denne avhandlingen har vist kan harmoniserte lovvalgsregler gi et viktig bidrag i arbeidet mot forurensning og for et bedre vern av miljøet. Det optimale vil selvfølgelig være harmoniserte rettsregler på dette området – slik at skadelidte er sikret lik erstatning

²³⁶ Castermanns & Van der Weide (2009) s. 52

²³⁷ Castermanns & Van der Weide (2009) s. 53

uavhengig av hvor forurensningen stammer fra og hvor skadevirkningene oppstod. Imidlertid vil en slik prosess være omfattende og langsom – som eksempel kan FN-møtet om klimaendringer i København i desember 2009 og i Mexico november 2010 trekkes frem. Landene hadde til tider store problemer med å enes om juridisk forpliktende avtaler. I påvente av harmoniserte materielle regler vil lovvalgsregler kunne spille en viktig rolle.

Harmoniserte lovvalgsregler er på fremmarsj i EU. I Norge henger vi dessverre fortsatt litt etter, men mye tyder på at denne interessen i EU smitter over på oss. Forhåpentligvis vil vi se flere lovreguleringer på dette området i fremtiden – også allsidige kollisjonsregler.

Lovvalg der skadevolder er del av et konsern vil som nevnt reise særlige spørsmål. En del av denne problemstillingen er hvorvidt et morselskap kan bli ansvarlig for sitt datterselskaps virksomhet. Ofte vil en del av bakgrunnen for opprettelsen av konsernforhold være at man ønsker å begrense ansvaret for en risikofylt del av virksomheten. Slik vil tap for datterselskapet, som for eksempel erstatningsutbetaling etter et søksmål, være isolert fra øvrige deler av virksomheten. Å gjøre morselskapet ansvarlig vil således begrense en slik adgang og fra et selskapsrettslig perspektiv vil ikke dette alltid være gunstig. Imidlertid er det viktig å huske Høyesteretts uttalelser i Rt.2010 s.306 der de fremhevet at det kun er de morselskaper som innehar en viss tilknytning som kan ansvarliggjøres på denne måten. Det å åpne opp for en slik adgang vil stemme godt overens med dagens økende fokus på miljøvern og såkalt Responsible Corporate Governance – dvs. få selskaper til å søke profitt innenfor rammen av bærekraftig utvikling og balansere økonomiske, sosiale og miljørettslige interesser.²³⁸ En adgang til å ansvarliggjøre morselskaper kan gjøre det mulig å anse morselskapets hjemland som handlingsstedet. Slik kan retten i morselskapets hjemland anvendes på forholdet. I situasjoner der morselskapet holder til i et industriland mens datterselskapet opererer fra et utviklingsland vil hjemlandets lov ofte i større grad verne om miljøet. Et større fokus på lovvalget kan således bidra til et bedre vern om miljøet også på steder i verden der miljøet ennå ikke nyter like høy anerkjennelse som i deler av den vestlige

²³⁸ Sjøfjell (2010), editorial

verden. Vi kan bare håpe at jurister i fremtiden vil innse viktigheten av lovvalg og bruke det i kampen mot forurensning.

10 Litteraturliste

- Aarbakke, Magnus *Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2004
- Andenæs, Mads Henry *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave, Oslo 2006
- Betlem, Gerrit *Transnational litigation against multinational corporations before Dutch civil courts*: Kluwer Law International 2000, s. 283-305
<http://www.eulaw.soton.ac.uk/elpub/gb00.pdf>
(sitert 19. januar 2011)
- Bogdan, Michael *Svensk internationell privat- og processrätt*. 7. Utgave, Lund. Nordstedts Juridik AB 2008
- Bugge, Hans Chr. *Miljørett som disiplin*. Festskrift til Carl August Fleischer 2006 s. 77
- Castermanns, A.G. og van der Weide, J.A. *The legal liability of Dutch Parent Companies for subsidiaries' involvement in violations of fundamental, internationally recognized rights*, 15. desember 2009, Leiden
- Cordero-Moss, Giuditta *Lovvalg i kontraktsforhold – norsk retts Askepott slår tilbake?*, Jussens Venner 2000 s. 132
- Cordero-Moss, Giuditta *Erstatningsrett, kontraktsrett og internasjonal preseptoriske regler – illustrert ved skadelidtes direkte krav mot forsikringsselskapet*, Festskrift til Peter Lødrup 2002, s. 461
- Cordero-Moss, Giuditta *Lovvalsregler for i internasjonal kontrakter. Tilsynelatende likheter og forskjeller mellom europeiske og norske regler*. Tidsskrift for Rettsvitenskap 2007 s. 679
- Cordero-Moss, Giuditta *Den nye europeiske internasjonale formueretten og norsk internasjonal formuerett*, Lov og Rett 2009 nr. 2

- Cordero-Moss, Giuditta *En mer moderne og systematisk norsk internasjonal privatrett etter Bokhandleren i Kabul-dommen. Tidsskrift for rettsvitenskap* nr. 04-05 2010 s. 820-842
- Cordero-Moss, Giuditta *Innføring i lovvalg for kontrakter. Jussens Venner* 2010 s. 85
- Cordes, Stenseng og Lenda *Hovedlinjer i Internasjonal Privatrett. 2. utgave. Oslo, Cappelen Akademiske Forlag* 2010
- Delbard, Olivier *CSR legislation in France and the European regulatory paradox: an analysis of EU CSR policy and sustainability reporting practice. ESCP-EAP European School of Management, Paris, France. Volum 8 nr. 4, 2008. (siteret siste gang 8. april 2011)*
- Dicey and Morris *The Conflicts of Law. 14. utgave London, 2006*
- Dickinson, Andrew *The Rome II Regulation, Oxford, 2008*
- Enneking, Liesbeth *The common denominator of the Trafigura case, foreign direct liability cases and the Rome II Regulation, European Review of Private Law* 2-2008
- Falkanger, Thor *Sjøtransportøren og den norske forurensningsloven. Festskrift til Kurt Grönfors. Stockholm, 1991*
- Gaarder/Lundgaard *Innføring i internasjonal privatrett. 3. utgave. Oslo Universitetsforlaget* 2000
- Giuliano, Mario and Lagarde, Paul *Report on the convention on the law applicable to contractual obligations, O.J C 282, 31.10.1980*
- Hammer, Ulf, Stang, Trond, Bjelland, Sverre B, Bustnesli, Yngve, Tørum, Amund Bjøranger *Petroleumsloven. 1. utgave. Oslo Universitetsforlaget* 2009
- Heimdal, Lars Anders *Erstatning ved grenseoverskridende personlighetskrenkelser med utgangspunkt i*

- Bokhandleren i Kabul-saken.* 1. utgave. Bergen. Fagbokforlaget 2008
- Heimdal, Lars Anders *Rettsvalget i internasjonale erstatningssaker.* Bergen, 2009 (Spesialoppgave/Universitetet i Bergen)
- Heimdal, Lars Anders *Norsk internasjonal privatrett og bokhandleren til besvær,* Lov og Rett 2010 s. 68, Universitetsforlaget
- Jesse, Katinka and Verschuuren, Jonathan *Litigating against international businesscorporations for their actions abroad. Recent environmental cases from the Netherlands, IUCN Academy of Environmental Law e–Journal Issue 2001 (1)* <http://ssrn.com/asbstract=1773165> (sitert siste gang 23. mars 2011)
- Kramer, Xandra E. *Dutch Private International Law – overview 2002-2006.* IPRax no. 1 pp.54-61 2007
- Lødrup, Peter og Kjelland, Morten *Lærebok i erstatningsrett.* 6. utgave. Oslo Gyldendal Akademisk Oslo, 2009
- Nielsen, Peter Arnt *International privat- og procesrett.* 1.utgave. København. Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1997
- Sjåfjell, Beate *Towards a Sustainable European Company Law*
- Sjåfjell, Beate *Responsible Corporate Governance,* Editorial European Company Law 7, no. 1/ 2010
- Sjåfjell, Beate *Environmental Piercing of the Corporate Veil,* http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1616820 (sitert siste gang 12. mars 2011)
- Symeonides, Symeon C. *Rome II and Tort Conflicts: A missed opportunity.* American Journal of comparative law no. 56, 2008
- Thue, Helge Johan *Irma-Mignon-formelen, en konfliktskapende regel.* Tidsskrift for rettsvitenskap 1965 s. 587-610

Thue, Helge Johan	<i>Stensilserie Norsk Internasjonal Obligasjonsrett: Erstatning utenfor kontraktsforhold</i> , 2. utgave, Oslo, 2001
Thue, Helge Johan	<i>Internasjonal Privatrett</i> , Gyldendal Oslo, 2002
Verschuuren, Jonathan	<i>Overcoming the limitations of environmental law in a globalised world</i> , Tilburg University Legal Studies Working Paper Series, no. 020/2010
Ward, Halina	<i>Foreign Direct Liability': A New Weapon in the Performance Armoury?</i> The royal institute of International Affairs, september 2000 http://www.chathamhouse.org.uk/publications/papers/view/-/id/53/ (sisert siste gang 4.april 2011)
Woxholt, Geir	<i>Selskapsrett</i> , 3. utgave, Gyldendal Oslo, 2010

Lover

Agenturloven	Lov av 19. juni 1992 nr. 56
Aksjeloven	Lov av 13. juni 1997 nr. 44
Allmennaksjeloven	Lov av 13. juni 1997 nr. 45
Forbrukerkjøpsloven	Lov av 21. juni 2002 nr. 34
Foreldelsesloven	Lov av 18. mai 1979 nr. 18
Forsikringslovvalgloven	Lov av 27. november 1992 nr. 111
Forurensningsloven	Lov av 13. mars 1981 nr. 6
Lov om Norges Territorialfarvann	Lov av 27. juni 2003 nr. 57
Lov om Norges økonomiske sone	Lov av 17. desember 1976 nr. 91
Lov om gjennomføring i norsk rett av miljøvernkonvensjon	Lov av 9. april 1976 nr. 21
Lov om petroleumsvirksomhet (opphevet)	Lov av 22. mars 1985 nr. 11
Petroleumsloven	Lov av 29. november 1996 nr. 72
Selskapsloven	Lov av 21. juni 1985 nr. 83
Sjøloven	Lov av 24. juni 1994 nr. 39
Tvisteloven	Lov av 17. juni 2005 nr. 90
Tvistemålsloven	Lov av 13. august 1915 nr. 6

Forarbeider

NOU 1981:33	Petroleumslovutvalget
NOU 1982:19	Forurensningserstatningsutvalget
Ot.prp nr. 72 (1982-1983)	Petroleumsloven (opphevet)
Ot.prp nr. 33 (1988-1989)	Forurensningsloven
Ot.prp nr. 43 (1995-1996)	Petroleumsloven
Ot. prp nr. 44 (2001-2002)	Forbrukerkjøpsloven

Høringsdokument, 13.06.2003: Høring - Grønnbok om mulige endringer i Roma-konvensjonen 19. juni 1980 om lovvalg på kontraktsrettens område, punkt 1.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2003/horing-gronnbok-om-mulige-endringer-i-ro/1.html?id=95803> (sitert siste gang 13. mars 2011)

EU-rett

Forordning (EF) nr.44/2001	Brussel I
Forordning (EF) nr.864/2007	Roma II
Forordning (EF) nr.593/2008	Roma I
COD 2003/0168, COM (2003) 427	Kommisjonens forslag til Roma II, hentet fra: <a href="http://www.eu-
oplysningen.dk/upload/application/pdf/c1219a61/com2003_0427da01.pdf">http://www.eu- oplysningen.dk/upload/application/pdf/c1219a61/com2003_0427da01.pdf (sitert siste gang 15.mars 2011)
COD 2003/0168, COM 2006 (83)	Kommisjonens endelige forslag til Roma II, hentet fra: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0083en01.pdf (sitert siste gang 5.april 2011)
COM (2001) 366	Kommisjonens grønnbok: Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility, hentet fra: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0366:FIN:EN:PDF (sitert siste gang 22.mars 2011)

Rettspraksis

HR-2011-809-A	
Rt. 2010 s.306	Hempel
Rt.2009 s.1537	Bokhandleren i Kabul

Rt. 2006 s.1008	
Rt.1995 s.1415	Joint account
Rt.1980 s.243	Tampax
Rt.1961 s.730	
Rt.1969 s.1308	
Rt.1958 s.38	Baltenland
Rt.1923 II s.58	Irma Mignon
Rt.1906 s.165	Augusta
C-167/00 ECR 20002	Verien für Konsumentinformation v. Henkel
C-21/76 ECR 1976	Handelswekerij G.J. Bier vs. Mines de Potasse d'Alsace SA
District of Amsterdam :	BN 2052 (2010)
	BN 2068 (2010)
	BN 2149 (2010)
	BN 2185 (2010)
	BN 2193 (2010)
Cova	NJ 1994, no.622

